

Liikkeen luovutuksen tunnistaminen: työsopimuslain 1:10.1:n tulkinnan perusteet, oikeuslähteet ja niiden arviointi



Helsingin Yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
Yksityisoikeuden laitos
Työoikeuden projekti
Pro Gradu-tutkielma
Sami Laakso

Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Laitos/Institution– Department Yksityisoikeuden laitos	
Tekijä/Författare – Author Sami Laakso			
Työn nimi / Arbetets titel – Title Liikkeen luovutuksen tunnistaminen: Työsopimuslain 1:10.1 §:n tulkinnan perusteet, oikeuslähteet ja niiden arviointi			
Oppiaine /Läroämne – Subject Työoikeus			
Työn laji/Arbetets art – Level Pro gradu	Aika/Datum – Month and year 20.11.2013	Sivumäärä/ Sidoantal – Number of pages xiii + 82	
Tiivistelmä/Referat – Abstract			
<p>Liikkeen luovutuksia koskevan sääntelyn keskeisimpänä oikeuspoliittisena tarkoituksena on työntekijöiden aseman turvaaminen sellaisissa yritystoiminnan muutoksissa, joissa työnantaja vaihtuu toiseksi luovutuksen kohteena olevan liiketoimintakokonaisuuden säilyessä samana tai ainakin samantyyppisenä luovutuksen jälkeen</p> <p>Liikkeen luovutusta koskeva sääntely perustuu pitkälti EU-oikeuteen. Työsopimuslaissa on ollut vuodesta 2001 liikkeen luovutuksen käsitettä koskeva säännös, sen 1:10.1, mutta samoin kuin liikkeenluovutusdirektiivin liikkeen luovutuksen käsitettä koskeva määritelmä, se on sanamuodoltaan hyvin avoin. Molempien säännösten tarkempi sisältö muodostuu EU-tuomioistuimen tulkintakäytännön perusteella. Suomessa korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö liikkeen luovutuksia koskevissa kysymyksissä pohjautuu nykyään käytännössä täysin EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännönsään luomiin arviointiperusteisiin.</p> <p>Liikkeen luovutuksen toteutumisarviointi suoritetaan kansallisissa tuomioistuimissa tiettyjen EU-tuomioistuimen määrittämien arviointikriteerien perusteella. Direktiivin soveltamisala on siinä mielessä laaja, että se voi tulla sovellettavaksi kaikissa sellaisissa tilanteissa, joissa työnantaja, joko luonnollinen tai oikeushenkilö, vaihtuu. Tämä on määritelty kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa luovutussääntelyn soveltumisen ensimmäiseksi pääedellytykseksi. Toinen pääedellytys koskee osapuolten välistä oikeudellista yhteyttä, joka toteutuu hyvin väljin perustein. Varsinaista suoraa sopimussuhdetta ei EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön perustuen vaadita lainkaan, vaikka liikkeenluovutusdirektiivin suomenkielisessä käännöksessä ja työsopimuslain liikkeen luovutuksen määritelmässä käytetään sopimuksen käsitettä. Kolmantena pääedellytyksenä, joka muodostuu useammista arviointikriteereistä, on se, että luovutuksen kohteeseen tulee olla "identiteettinsä säilyttävä taloudellinen kokonaisuus". Tämän arvioimiseksi EU-tuomioistuin antoi asiassa C-124/84 Spijkers, tuomio 18.3.1986, Kok. 1986, s. I-1119, kansallisille tuomioistuimille arviointikriteerit, joiden perusteella niiden tuli ratkaista, oliko tarkasteltavana olevassa asiassa kyse identiteettinsä säilyttävästä taloudellisesta kokonaisuudesta.</p> <p>Kansallisissa tuomioistuimissa on aiheuttanut hankaluuksia se, että ratkaisussa esitettyjä arviointikriteerejä ei ollut painoarvoitettu. Taloudellisen kokonaisuuden arvioinnissa keskeisimpänä lähtökohtana voidaan kuitenkin pitää sitä, onko arvioitavana oleva kohde luonteeltaan pääomavaltaisuuteen vai työvoimavaltaisuuteen painottuva. Karkeina suuntaviivoina voidaan esittää, että mitä työvoimavaltaisempi toimiala on kyseessä, eli mitä suuremmalta osin sen toiminta on työvoimaan painottuvaa, sitä suurempi painoarvo identiteetin säilymisessä annetaan henkilöstön siirtymiselle vastaanottavalle uudelle työnantajalle. Mitä enemmän toiminta puolestaan painottuu pääomaan, sitä suurempi painoarvo tällaisen omaisuuden siirtymiselle annetaan. Kysymys on toisin sanoen siitä, minkä tekijöiden voidaan arvioida vaikuttavan painavammin luovutuskohteen identiteetin säilymiseen, eli hieman toisin muotoiltuna muotoavan vahvemmin luovutuskohteen identiteettiä. EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä esimerkiksi siivoustoimintaa on pidetty työvoimaan perustuvana toimialana. Tällaisilla toimialoilla luovutussääntelyn soveltumiseen voi riittää – ja usein riittäneekin – pelkän henkilöstön siirtyminen luovutuksensaajalle.</p> <p>Yritysjärjestelyn osapuolilla olisi usein intressejä pyrkiä välttämään sääntelyn soveltumista. Tämä mahdollistaisi esimerkiksi oman työvoiman rekrytoinnin ja laajemman työntekijöiden työsuhteiden ehtoihin vaikuttamisen. Vanhoina työntekijöinä siirtyminen tarkoittaa sitä, että luovutuksensaaja on velvollinen soveltamaan työntekijöihin lähtökohtaisesti kaikkia niitä ehtoja, joita heidän työsuhteensa oli luovuttajan palveluksessa käsittänyt. Tiettyjen yritysjärjestelytyyppien voitaneen arvioida antavan järjestelyn osapuolille mahdollisuuden ainakin pyrkiä vaikuttamaan luovutussääntelyn soveltumiseen. Luovutussääntelyn soveltumisarvioinnissa on kuitenkin otettava huomioon työntekijöiden suojelun periaate, joka saattaa viime kädessä johtaa sääntelyn soveltumiseen tarkasteltavana olevassa yritysjärjestelyssä, vaikka muuten järjestelyn yksityiskohtien perusteella vaikuttaisi siltä, että sääntely ei soveltuisi siihen.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords Liikkeen luovutus, transfer of undertaking , EU-tuomioistuin, C-124/84 Spijkers,			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited Oikeustieteellisen tiedekunnan kirjasto			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

Sisällysluettelo

Lähteet.....	v
Kirjallisuus.....	v
Artikkelit.....	vii
Virallislähteet	viii
Oikeustapaukset	x
Euroopan unionin tuomioistuin	x
EFTA-tuomioistuin	xii
Englantilaiset tuomioistuimet.....	xii
Ruotsalaiset tuomioistuimet	xii
Hovioikeudet	xii
Korkein Oikeus	xii
Työtuomioistuin.....	xiii
1. Johdanto	1
1.1 Tutkimuskysymykset ja aiheen rajaus.....	3
1.2 Tutkielman metodi ja dispositio	6
2. Liikkeen luovutuksen sääntelyperusta	6
2.1 Yritysjärjestelyjen työoikeudellisesta sääntelystä ennen liikkeenluovutusdirektiivejä	6
2.2 Direktiivi 77/187/ETY ja sen taustaa.....	8
2.3 Direktiivi 98/50/EY	10
2.4 Direktiivi 2001/23/EY	12
2.5 Liikkeenluovutusdirektiivin tulkintavaikutus jäsenvaltioissa	14
2.5.1 EU-tuomioistuimen roolista direktiivin tulkinnan luomisessa.....	15
2.5.2 EU-tuomioistuimen tulkintakäytännön luomisessa kohtaamista ongelmista	16
2.5.2.1 Toiminto vai identiteettinsä säilyttävä taloudellinen kokonaisuus luovutuksen kohteena?.....	16
2.5.2.2 Entreprise-activité- lähtökohhta luovutuskohteen määrittäjänä.....	17
2.5.2.3 Entreprise- organisation- luovutuskohteen määrittelyn muuttuminen.....	17
2.5.3 Ratkaisukäytännön muusta kehityksestä	18
2.6 Vuoden 1970 työsopimuslaki ja direktiivin 77/187/ETY voimaantulo Suomessa	19
2.6.1 Direktiivin täytäntöönpano Suomessa.....	19
2.6.2 Direktiivin voimaantulon vaikutuksista kotimaisissa tuomioistuimissa.....	20

2.7	<i>Vuoden 2001 työsopimuslaki</i>	22
2.8	<i>Liikkeenluovutusdirektiivi vähimmäisdirektiivinä</i>	23
2.8.1	Mitä vähimmäisdirektiiviluonne merkitsee käytännössä?	23
2.8.2	Onko vähimmäisdirektiiviluonteella merkitystä työsopimuslain tulkinnassa?	24
2.8.3	Onko kotimainen käytäntö ”vähimmäistasoista” vai laajempaa?	26
3.	Liikkeen luovutusta ”ympäröivät” yritysjärjestelyt	27
3.1	<i>Yleistä</i>	27
3.2	<i>Ei edes liikkeen luovutus</i>	28
3.2.1	Yhtiöosuuksien luovutukset	28
3.2.2	Konkurssi	29
3.2.2.1	<i>Irtisanomisajan päättymisen merkityksestä sääntelyn soveltumiselle</i>	30
3.2.2.2	<i>Velkojainkokouksen päätöksen merkityksestä konkurssissa</i>	31
3.2.3	Sulautuminen	32
3.3	<i>Liikkeen luovutus vai uusi liike?</i>	34
4.	Milloin kyseessä on liikkeen luovutus?	34
4.1	<i>”Yritys, liike, yhteisö tai säätiö tai sellaisen toiminnallinen osa”</i>	34
4.2	<i>Liikkeen luovutuksen pääedellytykset</i>	36
4.2.1	Yleistä	36
4.2.2	Työnantajan vaihtuminen	36
4.2.2.1	<i>Työnantajuuden vaihtuminen yrityskonsernin sisäisissä järjestelyissä</i>	38
4.2.2.2	<i>Työnantajuuden vaihtuminen saman määräysvallan alaisissa yrityksissä</i>	38
4.2.3	Osapuolten välinen oikeudellinen yhteys	39
4.2.4	Identiteettinsä säilyttävä taloudellinen kokonaisuus ja sen muodostuminen	41
4.2.4.1	<i>”Oman identiteettinsä säilyttävä taloudellinen yksikkö”</i>	41
4.2.4.2	<i>”jolla tarkoitetaan pää- ja sivutoimisen taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi järjestettyä resurssikokonaisuutta”</i>	43
4.3	<i>Kokonaisarviointi liikkeen luovutuksen totentumisessa</i>	44
4.3.1	Liikkeen luovutuksen tunnistaminen – arviointiperusteiden kokonaisrakenne	44
4.3.2	Oikeuskirjallisuuden toinen malli luovutusperusteiden arvioinnille	46
4.4	<i>Yrityksen tai liikkeen laatu</i>	47
4.5	<i>Yritykseen tai liikkeeseen liittyvän omaisuuden siirtyminen tai siirtymättä jääminen</i>	48
4.5.1	Omaisuuden siirtyminen työvoimavaltaisella toimialalla	48
4.5.2	Omaisuuden siirtyminen pääomavaltaisella toimialalla	49
4.6	<i>Aineettomien oikeuksien arvo luovutushetkellä</i>	51
4.6.1	Hankinta- ja lisenssisopimukset aineettomina omaisuuserinä	51

4.6.2	Aineettoman omaisuuden siirtymisen toimialakohtaisesta arvioinnista.....	52
4.7	<i>Onko enemmistö työntekijöistä siirtynyt luovutuksensaajan palvelukseen?</i>	53
4.7.1	Siirtyvän henkilöstön määrästä ja laadusta	53
4.7.2	Toimialan vaikutuksesta henkilöstön siirtymistä koskevaan arviointiin	55
4.8	<i>Onko asiakaskunta siirtynyt luovutuksessa?</i>	55
4.9	<i>Uuden liiketoiminnan samankaltaisuuden aste verrattuna vanhaan</i>	56
4.10	<i>Liiketoiminnan mahdollisen keskeytyksen kesto aika</i>	58
4.11	<i>Muut arviointiperusteet</i>	59
5.	Liikkeen luovutuksen ”erityistapauksia”	60
5.1	<i>Vuokrasuhteessa tapahtuvat muutokset</i>	60
5.2	<i>Contracting out- tilanteiden erilaiset lajit</i>	62
5.3	<i>First round Contracting out – alihankintaan siirtyminen</i>	63
5.3.1	Asia C-209/91 Rask	64
5.3.2	Asia C-392/92 Schmidt – alihankintaratkaisu kritiikin kohteena	64
5.3.3	Asia C-48/94 Rygaard – vastaus Schmidt- ratkaisun nostattamaan kritiikkiin.....	66
5.4	<i>Second round contracting out – contracting out to third parties</i>	67
5.4.1	Asia C-13/95 Süzen	67
5.4.2	Asia C-51/00 Temco.....	69
5.5	<i>Second round contracting out – contracting back in</i>	70
5.5.1	Yhdistetyt asiat C-127/96, C-229/96 ja C-74/97 Hernández Vidal	70
5.5.2	Asia C-463/09 CLESE	70
5.6	<i>Alihankkijan vaihtuminen ja luovutussääntelyn soveltumisedellytysten arviointia</i>	71
5.7	<i>Milloin voidaan varmasti sanoa, että yritysjärjestely on liikkeen luovutus?</i>	72
5.7.1	Pääoma- ja työvoimavaltaisten toimialojen eroista sääntelyn soveltumiselle	72
5.7.2	Vuokrasuhteet ja contracting out- järjestelyt.....	73
6.	Osapuolten toimenpiteiden vaikutusmahdollisuus sääntelyn soveltumiseen	73
6.1	<i>Yleistä</i>	73
6.1.1	Työntekijöiden suojeluperiaatteen vaikutuksista tuomioistuinkäytännössä	74
6.1.1.1	<i>Henkilöstön siirtymiskriteerin sivuuttaminen arvioinnissa</i>	75
6.1.1.2	<i>Muiden poikkeavien seikkojen huomioon ottaminen</i>	77
6.1.2	Järjestelytyyppien erityisiä ongelmia työntekijöiden suojelun näkökulmasta	77
6.1.3	Sääntelyn kiertämisen tarkoituksessa tehdyt järjestelyt ja niiden kontrollointi	79
6.2	<i>Onko liikkeen luovutusta koskevan sääntelyn soveltumiseen mahdollista vaikuttaa?</i>	80
7.	Loppusanat	81

Lähteet

Kirjallisuus

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989. (Aarnio 1989)

Blanpain, Roger: European Labour Law. Ninth Revised Edition, Kluwer Law International, The Hague 2003 (Blanpain 2003)

Barnard, Catherine: EC Employment Law. Third Edition Oxford University Press. Oxford 2006 (Barnard 2006)

Barnard, Catherine: EU Employment Law. Fourth Edition Oxford University Press. Oxford 2012 (Barnard 2012)

Blummé, Nils – Pitkänen, Tomi – Raunio, Merja – Äärilä, Leena: Yritystoiminnan uudelleenjärjestely. Keuruu 2008. (Blummé – Pitkänen – Raunio – Äärilä 2008)

Bowers, John: Bowers on Employment Law. Sixth Edition Oxford University Press Oxford 2002. (Bowers 2002)

Engblom, Matleena: Työsuhteen ehdot - määräytyminen, tulkinta ja muuttaminen. Vantaa 2002. (Engblom 2002)

Hietala, Harri – Kahri, Tapani – Kairinen, Martti – Kaivanto, Keijo: Työsopimuslaki käytännössä. Helsinki 2008. (Hietala – Kahri – Kairinen – Kaivanto 2008)

Kairinen, Martti: EY-oikeuden merkityksestä Suomen työoikeuden liikkeen luovutustilanteen tunnistamisessa. Teoksessa Juhlajulkaisu Leena Kartio s. 121-135. Turku 1998. (Kairinen 1998)

Kairinen, Martti: Työoikeus perusteineen. 2. painos. Raisio 2009. (Kairinen 2009)

Kekkonen, Jukka: Suomen oikeuden historiallisia kehityslinjoja. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Helsinki 1999. (Kekkonen 1999)

Kenner, Jeff: EU employment law – from Rome to Amsterdam and beyond. Hart publishing 2003. (Kenner 2003)

Kiiha, Jarkeko: Yritystoiminnan ulkoistaminen ja sopimusvastuu. Saarijärvi 2002. (Kiiha 2002)

Koskinen, Seppo - Lindeborg, Karl - Mäki, Anu - Nyman, Eeva - Veihola, Ulla: EY-oikeus ja liikkeen luovutus suomalaisessa oikeuskäytännössä. Teoksessa Helander, Petri – Lavapuro, Juha – Mylly, Tuomas (Toim.): Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä. Turku 2002. (Koskinen – Linderborg – Mäki – Nyman – Veihola 2002)

Koskinen, Seppo - Nieminen, Kimmo - Valkonen, Mika: Työsuhteen päättäminen. Porvoo 2003. (Koskinen – Nieminen – Valkonen 2003)

Lamponen, Helena: The Principle on Employee Protection in a Merger and a Transfer of an Undertaking. Helsinki 2008. (Lamponen 2008)

Lievonen, Kirsi-Marja: Kunnan yksikkö kilpailussa: Keino saada aikaan kustannussäästöjä? Vantaa 2002. (Lievonon 2002)

Mähönen, Jukka – Villa, Seppo: Osakeyhtiö II – Pääomarakenne ja rahoitus. Porvoo 2006. (Mähönen – Villa 2006)

Nyström, Birgitta: EU och arbetsrätten. Tredje upplagan. Stockholm 2002. (Nyström 2002)

Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita. Helsinki 2006. (Ojanen 2006)

O’Leary, Siofra: Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes. Hart Publishing, Oxford 2002. (O’Leary 2002)

Malmberg, Jonas: Introduction. Pages 27-75 Effective Enforcement of EC Labour Law. Edited by Malmberg, J. Iustus Publishing Company Uppsala 2003. (Malmberg 2003)

Nielsen, Ruth: European Labour Law. DJOF Publishing, Copenhagen 2000. (Nielsen 2000)

Nielsen, Ruth: Nordic and EU Labour Law / Europeanization of Nordic Labour Law. Pages 37-75 Stability and Change in Nordic Labour Law Legal Abbreviations Scandinavian Studies in Law Volume 43 Stockholm Institute for Scandinavian Law Stockholm 2002 (Nielsen 2002)

Paasivirta, Esa: Euroopan yhteisön työoikeudellinen ulottuvuus: näkökulmia liikkeenluovutusedirektiiviin. Teoksessa Helander, Petri – Lavapuro, Juha – Mylly, Tuomas (Toim.): Yritys eurooppalaisessa oikeusyhteisössä. Turku 2002. (Paasivirta 2002)

Rasinmäki, Jorma: Yksityistäminen kunnallishallinnossa. Hallinto-oikeudellinen tutkimus yksityistämisen oikeudellisista taustoista, edellytyksistä, rajoituksista, muodoista ja vaikutuksista. Helsinki 1997. (Rasinmäki 1997)

Rautiainen, Hannu - Äimälä, Markus: Työsopimuslaki. Juva 2007. (Rautiainen – Äimälä 2007)

Saarinen, Mauri: Työsuhdeasioiden käsikirja. Jyväskylä 2003. (Saarinen 2003)

Tiitinen, Kari-Pekka – Kröger, Tarja: Työsopimusoikeus. Helsinki 2008. (Tiitinen – Kröger 2008)

Tiitinen, Kari-Pekka - Saloheimo, Jorma - Bruun, Niklas: Yritystoiminnan muutokset ja työsuhdeturva. Keuruu 1989. (Tiitinen – Saloheimo – Bruun 1989)

Valkonen, Mika: Liikkeen luovutus. Teoksessa Kairinen, Martti, - Koskinen, Seppo – Nieminen, Kimmo – Ullakonoja, Vesa – Valkonen, Mika: Työoikeus. 2., uudistettu painos. Juva 2006. (Valkonen 2006)

Virtanen, Martti: Eräitä näkökohtia liikkeen luovutusta koskevista työoikeudellisista säännöksistä. Teoksessa Juhlaulkaisu Antti Johannes Suviranta 1923 30/11 1983 s. 195-202 (Virtanen 1983)

Äimälä, Markus: Liikkeen luovutus ja työsuhteet. Työoikeudellisen yhdistyksen vuosikirja 1987 s. 89-150 (Äimälä 1987)

Äimälä, Markus: Liikkeen luovutuksen käsite yhteisöoikeudessa. Työoikeudellisen yhdistyksen vuosikirja 1995 s. 113-127. (Äimälä 1995)

Artikkelit

Aho, Jukka: Irtisanomisesta liikkeen luovutuksen yhteydessä. Edilex asiantuntijakirjoitukset 17.10.2001. (Aho 2001)

Osoitteessa: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/25.pdf>

BIS Department for innovation and skills: Employment rights on the transfer of an undertaking – A guide to the 2006 TUPE Regulations for employees, employers and representatives. (TUPE 2009).

Osoitteessa:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/14973/2006-tupe-regulations-guide.pdf

Bruun, Niklas: EG-rätten, den tredje vågen och dyningarna i HD. JFT 6/2001 s. 543-562 (Bruun 2001)

Osoitteessa: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/4073.pdf>

Bruun, Niklas: Report

on the Implementation in Austria, Finland and Sweden of Directive 77/187/EEC Relating to the Safeguarding of the Rights of Employees in the Event of the Transfer of an Undertaking, Business or Part of a Business. (Bruun 2003)

Osoitteessa: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=706&langId=en&intPageId=208>

Bruun, Niklas – Malmberg, Jonas: Yhteisön työoikeus Suomen ja Ruotsin oikeudessa. Lakimies 1/2006 s. 3-26. (Bruun – Malmberg 2006)

Osoitteessa: <http://www.edilex.fi/lakimies/3040.pdf>

van Eck, Marian: Transfer of undertakings in EC and Dutch law. Labour and Employee Benefits 2007/08 Volume 1. (van Eck 2007)

Osoit-

teessa: http://www.boekel.com/media/343590/transfer_of_undertakings_mveck_0708.pdf

Jääskinen, Niilo: Kolme aaltoa – Miten Suomen oikeusjärjestys eurooppalaistui? Defensor Legis 4/2001 s. 601-619 (Jääskinen 2001)

Osoitteessa: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/1015.pdf>

Kairinen, Martti: EY:n tuomioistuimen ratkaisuja. Liikkeen luovutus ja EY:n oikeus. Edilex-version s. 26-28 Oikeustieto 2/1997. (Kairinen 1997)

Osoitteessa: <http://www.edilex.fi/oikeustieto/310.pdf>

Koskinen, Seppo: EY:n tuomioistuimen ratkaisuja. EY-oikeudessa liikkeen luovutus ymmärretään laajasti. Oikeustieto 1/1997 s. 23-(Koskinen 1997)

Osoitteessa: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/290.pdf>

Koskinen, Seppo: Irtisanominen liikkeen luovutuksessa, yrityssaneerauksessa ja konkurssissa. Defensor Legis 1/2003 s. 60-67 (Koskinen 2003/1)
Osoitteessa: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/949.pdf>

Koskinen, Seppo: Konkurssi vai liikkeen luovutus? Defensor Legis 2/2003 s.185-210. (Koskinen 2003/2)
Osoitteessa: <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/935.pdf>

Saloheimo, Jorma: Milloin alihankkijan vaihdos katsotaan liikkeen luovutukseksi? Lakimies 2/1998 s. 250-261 (Saloheimo 1998)
Osoitteessa: <http://www.edilex.fi/lakimies/1973.pdf>

Sargeant, Malcolm: Implementation Report Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses. Middlesex university business school 2007. (Sargeant 2007)
Osoitteessa: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2938&langId=en>

Transfers of undertakings guide. Ius Laboris 2009. (Transfers of undertakings guide 2009)
Osoitteessa:
http://www.iuslaboris.com/files/documents/Public%20Files/Publications/2008_Publications/transfers-of-undertaking.pdf-of-undertaking.pdf

Valkama, Pekka – Kallio, Olavi – Haatainen, Jaana – Laurila, Hannu – Siitonen, Pentti: Kuntapalvelujen kilpailuttamisen taloudelliset vaikutukset, I osa: Käsitteet, teoreettiset lähestymistavat, metodologia ja aikaisemmat tutkimustulokset. Kunnallissalan kehittämissäätiön Kunnat ja kilpailu -sarjan julkaisu nro 9. Vammala 2008. (Valkama – Kallio – Haatainen – Laurila – Siitonen 2008)
Osoitteessa: http://www.kaks.fi/sites/default/files/Kunnat%20ja%20kilpailu%209_1.pdf

Valkonen, Mika: Liikkeen luovutuksen tunnistaminen ja työsuhdeturva. Defensor Legis 1999 s.93-141 (Valkonen 1999)

Virallislähteet

Amending proposal for a Directive amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses COM (1997) 60 (COM 1997)
Osoitteessa: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2935&langId=en>

Hallituksen esitys Eduskunnalle Euroopan talousalueesta tehtyyn sopimukseen liittyvien työoikeudellisten säännösten muuttamisesta (HE 109/1992)

Hallituksen esitys eduskunnalle työsopimuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 157/2000)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi työsopimuslain 1 luvun 10 §:n muuttamisesta (HE 97/2002)

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi yhteistoiminnasta yrityksissä ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 254/2006)

Implementation Report - Directive 2001/23/EC on the approximation of laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses

Osoitteessa: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2938&langId=en>

Komission kertomus direktiivistä 2001/23/EY. Bryssel 18.6.2007. (Komission kertomus 2007)

Lissabonin sopimus (2007/C 306/01) Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta 13.12.2007

Neuvoston direktiivi 77/187/ETY työntekijöiden oikeuksien turvaamisesta yrityksen tai liikkeen taikka yritys- tai liiketoiminnan osan luovutuksen yhteydessä koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä annetun direktiivin muuttamisesta.

Neuvoston direktiivi 98/50/EY työntekijöiden oikeuksien turvaamisesta yrityksen tai liikkeen taikka yritys- tai liiketoiminnan osan luovutuksen yhteydessä koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä annetun direktiivin 77/187/ETY muuttamisesta.

Neuvoston direktiivi 2001/23/EY työntekijöiden oikeuksien turvaamisesta yrityksen tai liikkeen taikka yritys- tai liiketoiminnan osan luovutuksen yhteydessä koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä.

Oppisopimuslaki 125/1923.

Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses /* COM/94/300FINAL - CNS 94/0203 */ (COM 1994)

Osoite: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:51994PC0300:EN:HTML>

Report on the Implementation in Austria, Finland and Sweden of Directive 77/187/EEC Relating to the Safeguarding of the Rights of Employees in the Event of the Transfer of an Undertaking, Business or Part of a Business. (Report on the Implementation

Osoitteessa: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2937&langId=en>

Työehtosopimuslaki 436/1946.

Työsopimuslaki 320/1970

Työsopimuslaki 55/2001.

Työ- ja tasa-arvoasiainvaliokunnan lausunto 5/2000 vp

Laki työsopimuslain 1 luvun 10 §:n muuttamisesta 943/2002.

Oikeustapaukset

Euroopan unionin tuomioistuin

C-26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastningen. Tuomio 5.2.1963, Kok. 1963, s. 1.)

C-6/64 Flaminio Costa s. ENEL (Ente nazionale energia elettrica). Tuomio 15.7.1964, Kok. 1964, s. 1195.

C-186/83 Arie Botzen ym. v. Rotterdamsche Droogdog Maatschappij BV. Tuomio 7.2.1985, Kok.1985, s. 519.

C-24/85 Jozif Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV. Tuomio 18.3.1986, Kok. 1986, s. I-1119.

C-287/86 Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v. Ny Molle Kro. Tuomio 17.12.1987, Kok. 1987, s. 5465.

C-324/86 Foreningen af arbejdsledere I Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S. Tuomio 10.2.1988, Kok. 1988, s. 739.

C-101/87 P.Bork International A/S, en régime judiciaire v. Foreningen af Arbejdsledere I Danmark, en qualité de mandataire de Birger E Petersen, Jens Olsen e.g v. Junckers Industrier A/S. Tuomio 15.6.1988, Kok.1988, s. 3057.

Yhdistetyt asiat C-144/87 ja C-145/87 H. Berg ja J.T.M. Busschers v. I.M. Besselen. Tuomio 5.5.1988, Kok. 1988, s. 2559

C-106/89 Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA. Tuomio 13.11.1990, Kok.1990, s. I-4135.

C-29/91 Dr. Sophie Redmond Stichting v. Hendrikus Bartol Ym.. Tuomio 19.5.1992, Kok. 1992, s. I-3189.

Yhdistetyt asiat C-132/91, C-138/91 ja C-139/91 Grigorios Katsikas v. Angelos Konstantinidis and Uwe Skreb and Günter Schroll v. PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH. Tuomio 16.12.1992, Kok. 1992, s. I-6577

C-209/91 Anne Watson Rask and Kirsten Christensen v. ISS Kantineservice A/S. Tuomio 12.11.1992, Kok. 1992, s. I-5755.

C-392/92 Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm. Tuomio 14.4.1994, Kok. 1994, s. I-1311.

C-48/94 Ledernes Hovedorganisation, agissant pour Ole Rygaard v. Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Stro Molle Akustik A/S. Tuomio 19.9.1995, Kok. 1995, s. I-2745.

C-171/94 - C-172/94 Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motors Company Belgium SA. Tuomio 7.3.1996, Kok. 1996, s. I-1253.

C-298/94 Annette Henke v. Gemeinde Schierke and Verwaltungsgemeinschaft Brocken. Tuomio 15.10.1996, Kok. 1996, s. I-4989.

C-13/95 Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung. Tuomio 11.3.1997, Kok. 1997, s. I-1259.

Yhdistetyt asiat C-127/96, C-229/96 and C-74/97 Francisco Hernández Vidal SA v Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner v Hoechst AG (C-229/96), and Mercedes Gómez Montaña v Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles Tuomio 10.12.1998. Kok. 1998, s. I-8179.

C-234/98 G.C.Allen ym. v. Amalgamated Construction Co. Tuomio 2.12.1999, Kok. 1999, s. I-8643.

C-343/98 Renato Collino and Luisella Chiappero v. Telecom Italia. Tuomio 14.9.2000, Kok. 2000, s. I-6659.

C-172/99 Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi ja Pentti Juntunen. Tuomio 25.1.2001, Kok. 2001, s. I-745.

C-175/99 Didier Mayeur v. Association Promotion de l'information messine. Tuomio 26.9.2000. Kok. 2000, s. I-7755.

C-51/00 Temco Service Industries v. Samir Imzilyen ym.. Tuomio 24.1.2002, Kok. 2002, s. I-969.

C-340/01 Carlito Abler v. Sodexo Catering. Tuomio 20.11.2003, Kok. 2003, s. I-14023.

Yhdistetyt asiat C-232/04 ja C-233/04 Güney-Görres and Demir. Tuomio 15.12.2005, Kok. 2005, s. I-11237.

C-499/04 Hans Werhof v. Freeway traffic systems. Tuomio 9.3.2006, Kok. 2006, s. I-2397.

C-458/05 Mohamed Jouini and Others v. Princess Personal Service GmbH. Tuomio 13.9.2006, Kok. 2007, s. I-7301.

C-466/07 Dietmar Klarenberg v Ferrotron Technologies GmbH. Tuomio 12.2.2009, Kok. 2009, s. I-803

C-463/09 CLESE v. Ayuntamiento de Cobisa. Tuomio 20.1.2011, Kok. 2011 s. I-95.

C-108/10 Ivana Scattolon v. Ministro dell’Insruzione, dell’Università e della Ricera. Tuomio 6.9.2011, Kok. 2011, s. I-7491.

EFTA-tuomioistuin

E-3/96 Tor Angeir Ask and Others v. ABD Offshore Technology AS and Aker Offshore Partner AS, Advisory opinion of the Court 14 Maaliskuuta 1997 (OJ[1997] C136/7) (Ask)

Englantilaiset tuomioistuimet

Stirling J in Griffith v Tower Publishing Co [1897] 1 Ch 21

Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries Ltd [1940] AC 1014

Ruotsalaiset tuomioistuimet

AD 163/1995, 20.12.1995

Hovioikeudet

Helsingin hovioikeus 25.3.1997 S 96/1756

Itä-Suomen Hovioikeus 22.6.2004 S 03/327

Rovaniemen Hovioikeus 11.4.2003 S 02/445

Vaasan Hovioikeus 18.2.2010 S 09/452

Korkein Oikeus

KKO 1985 II 114 (Finlex)

KKO 1989:78 (Finlex)

KKO 1990:61 (Finlex)

KKO 1990:81 (Finlex)

KKO 1990:129 (Finlex)

KKO 1991:85 (Finlex)

KKO 1991:141 (Finlex)

KKO 1992:191 (Finlex)

KKO 1993:4 (Finlex)

KKO 1993:127 (Finlex)
KKO 1994:35 (Finlex)
KKO 1996:10 (Finlex)
KKO 1996:89 (Finlex)
KKO 1996:142 (Finlex)
KKO 1997:105 (Finlex)
KKO 1999:48a (Finlex)
KKO 1999:69 (Finlex)
KKO 1999:70 (Finlex)
KKO 2000:7 (Finlex)
KKO 2000:12 (Finlex)
KKO 2001:6 (Finlex)
KKO 2001:44 (Finlex)
KKO 2001:48 (Finlex)
KKO 2001:49 (Finlex)
KKO 2001:72 (Finlex)
KKO 2002:54 (Finlex)
KKO 2008:88 (Finlex)
KKO 2009:28 (Finlex)
KKO 2009:37 (Finlex)
KKO 2009:83 (Finlex)

Työtuomioistuin

TT:1993-78

TT:1996-44

1. Johdanto

Yritysten rakenteita ja omistuspohjaa voidaan muuttaa monella tavalla, ja erilaisten yritysjärjestelyjen lisääntymisen myötä työsopimuslain liikkeen luovutusta koskevien säännösten merkitys on viime aikoina edelleen kasvanut. Tavallisimmillaan liikkeen luovutus toteutuu siten, että yritys myy joko koko liiketoimintansa tai osan siitä, kuten yksittäisen tuotantolaitoksen, tuotantovälineineen. Yrityskaupan tarkoituksena voi olla esimerkiksi koneisiin, laitteisiin ja tuotekehitykseen kohdistuvien investointien korvaaminen ja tätä kautta pyrkiminen markkinaosuuden kasvattamiseen, uusien jakeluteiden hankkiminen tai se, että ostetaan kilpaileva yritys pois markkinoilta tai estetään kilpailijaa saamasta kyseistä yritystä haltuunsa.¹ Viimeaikainen kehitystrendi on lisäksi ollut yritysten keskittyminen ydinliiketoimintojensa hoitamiseen, mikä on johtanut enenevässä määrin muun muassa organisaatiohierarkioiden purkamisiin, toimintojen hajauttamisiin ja alihankkijoiden käyttöön eli toimintojen ulkoistamisiin.² Taloudellinen organisointi löytää jatkuvasti uusia muotoja. Uudet ja joustavat työtavat kuten vuokratyövoima, palvelukeskukset, verkostohankinnat, projektit ja yhteiskäyttö ovat nopeasti yleistymässä. Tällaisissa yhteyksissä liikkeen luovutuksen tunnistaminen voi olla vaikeaa, ja jopa työnantajan osoittaminen voi olla joskus ongelmallista.³

Yritysjärjestelyihin liittyy usein työntekijöihin kohdistuvia vaikutuksia. Niiden yhteydessä luovutuksensaaja suorittaa hankkimassaan kohteessa lähes poikkeuksetta toimenpiteitä, joilla hän haluaa toteuttaa omia liikeideoitaan ja näkemyksiään toiminnan järjestämisestä.⁴ Liikkeen luovutusta koskevassa sääntelyssä on kysymys työntekijöiden etujen huomioimisesta dynaamisissa liiketoimintaympäristöissä, joissa toisaalta yrityksillä on mahdollisuus erilaisiin, myös henkilöstövaikutuksia omaaviin toimintansa järjestelyihin ja toisaalta siitä, että työntekijöitä pyritään tiettyyn rajaan asti suojelemaan tällaisten järjestelyjen työntekijöitä koskevilta vaikutuksilta.⁵

¹ Äimälä 1987 s. 89. Vaasan hovioikeuden ratkaisussa 18.2.2010 S 09/452 (lainv.) oli kysymys siitä, että yritys osti kilpailijansa pois markkinoilta lopettaakseen sen toiminnan kokonaan. Luovutukseen sisältyneestä konekannasta oli otettu käyttöön vain osa ja loput siirretty ulkomaille tai romutettu tai varastoitu. Hovioikeus piti merkittävänä sitä, että ostetut koneet oli otettu käyttöön vain osittain, eivätkä ne sen takia muodostaneet liikeloudellista kokonaisuutta. Ratkaisussa merkittävä painoarvo annettiin luovutuksen tarkoitukselle, joka oli siis kilpailijan ostaminen pois markkinoilta. Luovutuksen kohteelta puuttui näin pysyvä toiminnan jatkamistarkoitus.

² Kairinen 2009 s. 281. Erilaisista yritysjärjestelymuodoista laajemmin mm. Saarinen 2003 s.465-467, Blummé – Pitkänen – Raunio – Äärilä 2008 s. 2-5 ja Lamponen 2009 s. 51-60

³ Valkama – Kallio – Haatainen – Laurila – Siitonen 2008 s. 78

⁴ Virtanen 1983 s. 195

⁵ Direktiivi perustaa työntekijöille ”kolmeen pilariin” jakautuvan suojan. Ensimmäiseksi, sen perusteella työsuhteet siirtyvät oikeuksineen tai velvollisuuksineen luovuttaja A:lta (luonnollinen tai oikeushenkilö), joka luovutuksen seurauksena lakkaa olemasta työnantaja, luovutuksensaaja B:lle (luonnollinen tai oikeushenkilö), josta tulee luovutuksen seurauksena työnantaja. Toiseksi, se suoja työntekijöitä sekä luovuttajan että luovutuksensaajan suorittamalta irtisanomiselta. Kolmanneksi, direktiivi asettaa sekä luovuttajalle että luovutuksensaajalle ilmoitusvelvollisuuden ja velvollisuuden neuvotella niiden työntekijöiden edustajien kanssa, joita luovutus koskee. Barnard 2012 s. 579-580 ja O’Leary 2002 s. 243.

Sääntelyn keskeisimpänä oikeuspoliittisena tarkoituksena onkin työntekijöiden aseman turvaaminen sellaisissa yritystoiminnan muutoksissa, joissa työnantaja vaihtuu toiseksi luovutuksen kohteena olevan liiketoimintakokonaisuuden säilyessä samana tai ainakin samantyyppisenä luovutuksen jälkeen.⁶ Tämä tarkoitus juontaa juurensa laajemminkin työoikeudessa vallitsevaan työntekijöiden suojelun periaatteeseen⁷, ja se on merkittävässä asemassa myös liikkeen luovutusta koskevaa sääntelyä tulkittaessa⁸. Asetelmalle on tyypillistä, että työntekijäpuoli pyrkii tulkitsemaan liikkeen luovutuksen käsitteen soveltuvuutta laajasti ja työnantajapuoli suppeasti, koska luovutussäännösten soveltaminen järjestelyyn luo työnantajille lähinnä velvoitteita, kun taas työntekijöille sen soveltumisesta seuraa pääsääntöisesti oikeuksia (tai ennemminkin niiden säilymistä).

Liikkeen luovutusta koskevassa sääntelyssä on kysymys tällaisten vastakkaisiin suuntiin vaikuttavien intressien yhteensovittamisesta.⁹ Jos järjestely täyttää luovutussääntelyn soveltamisedellytykset, työntekijöillä on (tai tarkemmin olisi) oikeus siirtyä ns. vanhoina työntekijöinä entisiin työsuhteen ehdoin luovuttajan palveluksesta luovutuksensaajan palvelukseen¹⁰, jolloin työnantajan vaihtumisesta huolimatta työsuhde jatkuu keskeytymättömänä uuden työnantajan palveluksessa.¹¹ Luovutuksensaaja ei myöskään voi kieltäytyä ottamasta palvelukseensa luovutettavassa kohteessa työskentelevää työntekijää.¹² Liikkeen luovutuksen tunnusmerkistön toteutumista koskeva arviointi ja siihen varautuminen jo yritysjärjestelyä suunniteltaessa on riskinhallinnallisista syistä tärkeää osapuolten vastuuasetelmien muodostumisen kannalta. Jos yritystoiminnan muutos arvioidaan ja toteutetaan liikkeen luovutuksen näkökulmasta väärin suhteessa

⁶ Saarinen on tiivistänyt liikkeen luovutusta koskevan sääntelyn tarkoituksiksi direktiivin (2001/23/EY) mukaisesti 1) huolehtia työntekijöiden suojasta sen varmistamiseksi, että heidän oikeutensa turvataan, **kun työnantaja vaihtuu** 2) Pyrkii varmistamaan työntekijöiden oikeuksien turvaaminen siten, että **luovuttaja ja luovutuksensaaja antavat tietoja työntekijöiden edustajille ja neuvottelevat heidän kanssaan riittävän ajoissa** 3) Jäsenvaltioiden **lakien yhdenmukaistaminen** liikkeen luovutusta koskevien säännösten osalta. Saarinen 2003 s.472

⁷ Liikkeenluovutusdirektiivin johdanto-osassa todetaan, että direktiivin tarkoituksena on suojata työntekijää työnantajan vaihdostilanteessa ja siten estää yritysten välinen kilpailu työntekijöiden kustannuksella. EU-tuomioistuin totesi jo asiassa C-19/83 *Wendelboe*, että ”liikkeenluovutusdirektiivin 77/187 tarkoitus on varmistaa, niin pitkälle kuin mahdollista, että työntekijän työsuhde jatkuu muuttumattomana luovutuksensaajan palveluksessa erityisesti velvoittamalla luovutuksensaaja jatkamaan työehtosopimusten ehtojen noudattamista ja suojelemalla työntekijöitä irtisanomisilta, joiden syynä on pelkästään liikkeen luovutus.” Asia C-19/83 *Wendelboe*, kohta 15

⁸ EU-tuomioistuimen liikkeenluovutuksia koskevassa ratkaisukäytännössä on noudatettu useassa suhteessa direktiivin sanamuotoon nähden laajentavaa tulkintaa. Sen avulla on voitu turvata työntekijöiden oikeudet tilanteissa, joissa heidän toimintaympäristönsä vaihtuu yritysrakenteiden muutosten seurauksena. Paasivirta 2002 s.468

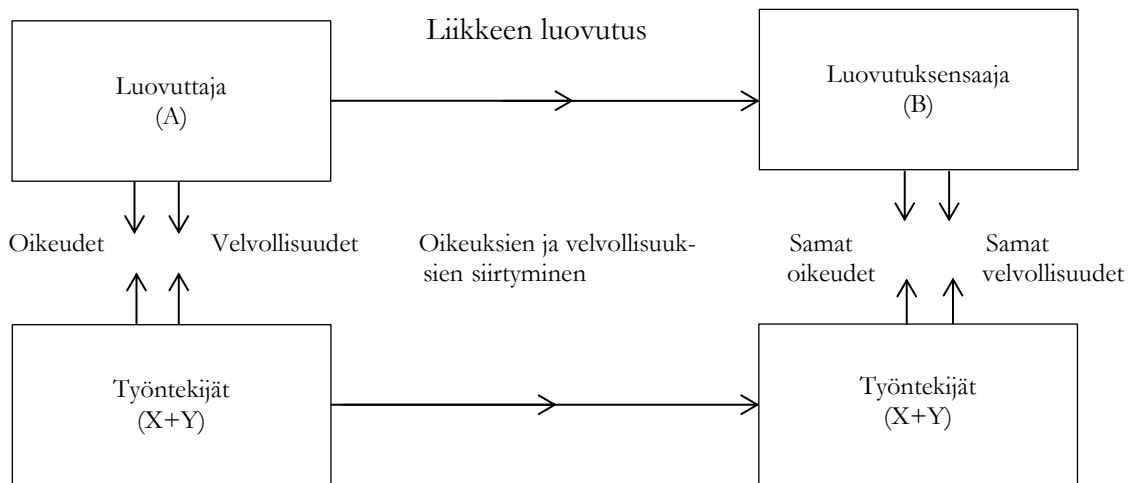
⁹ Äimälä on kutsunut mainittua vastakkainasettelua pikemminkin intressikonfliktiksi kuin kaikkia osapuolia tyydyttäväksi ratkaisuksi. Vastakkain ovat työntekijöiden intressi säilyttää työpaikkansa ja työnantajan intressi valita työntekijänsä. Yleisemmällä tasolla voidaan hänen mukaansa nähdä vastakkain olevan toisaalta työntekijän suojeluperiaate ja toisaalta sopimusvapaus ja yritystoiminnan vapaus. Äimälä 1987 s. 93-94

¹⁰ Työsopimuslaki rakentuu liikkeenluovutustilanteissa työsuhteiden keskeytymättömyyden ja työnantajan oikeuksien ja velvollisuuksien säilymisen periaatteille. Vaikka työnantajasubjekti vaihtuu toiseksi tällaisissa luovutuksissa, on työsuhteiden keskeytyksetöntä jatkumista pidetty perusteltuna. Kairinen 2009 s. 281 ja HE 157/2000 s. 66. ”Vanhan työntekijän” määritelmän sisällöstä tarkemmin mm. Kairinen 2009 s.293-296

¹¹ Työsuhteen keskeytymättömällä jatkumisella liikkeen luovutuksen yhteydessä tarkoitetaan sitä, että alkuperäisen, vanha työsuhde säilyy työnteon, velvoitteiden ja oikeuksien ja etuuksien ansainta-aikojen laskemisen pohjana. Kairinen 2009 s. 282.

¹² Valkama – Kallio – Haatainen – Laurila – Siitonen 2008 s. 80

työnantaja -> hänen seuraajansa, seurauksena saattaa olla oikeudellisesti monimutkaisia ja kal-
liita jälkitilanteita esimerkiksi väärin perustein irtisanottuihin työntekijöihin kohdistuvan kor-
vausvastuun muodossa.¹³



14

1.1 Tutkimuskysymykset ja aiheen raja

EU:n neuvoston yksimielisyysvaatimus liikkeenluovutusdirektiivin sisällöstä on väistämättä johtanut siihen, että se on kompromissi erilaisia poliittisia käsityksiä edustavien jäsenvaltioiden näkemyksistä.¹⁵ Direktiivit ovat näiden peruslähtökohtiensa takia usein kirjoitusasultaan avoimia ja sitä kautta myös epämääräisiä ja monitulkintaisia.¹⁶ Myös työsopimuslain liikkeen luovutuksen käsitettä koskevaa 1:10.1 §:ää on kritisoitu epätasällisyydestä.¹⁷ Liikkeen luovutuksen käsitteen (transfer of undertaking) sisältöä ja sitä koskevia arviointiperusteita on mainituista syistä johtuen käsitelty sekä EU-tuomioistuimessa että kansallisissa tuomioistuimissa ja niiden antamien ratkaisujen perusteella oikeuskirjallisuudessa suhteellisen laajasti. Luovutuksen toteutumisen arviointiperusteiden esittämistavat kuitenkin poikkeavat kirjoittajasta riippuen toisistaan, mikä on mielestäni omiaan aiheuttamaan epäselvyyttä siitä, miten ne tosiasiallisesti muo-

¹³ Tiitinen – Saloheimo – Bruun 1989 s. 129. Asiassa C-172/99 Oy Liikenne Ab vastaajat esittivät, että ”direktiivin soveltaminen tieliikennepalvelujen kilpailuttamiseen johtaa vakaviin vaikeuksiin, koska näin yrityksen, jonka kanssa sopimus tehdään, edellytetään vastaavan velvoitteista, joista se ei voinut olla tietoinen.” EU-tuomioistuimen vastaus vastaajan näkemykseen oli, että ”Kilpailluilla aloilla kaikkiin aloitteisiin liittyy tiettyjä epävarmuustekijöitä, ja elinkeinonharjoittajat ovat itse vastuussa siitä, että heidän tekemänsä arviot ovat realistisia. Se, että jatkava yritys ei ole ollut tietoinen kaikista työsopimuksissa tai työsuhteissa noudatetuista ehdoista ja niistä mahdollisesti aiheutu- vista yllätyksellisistä kustannustekijöistä, ei johda direktiivin määräysten syrjäytymiseen.” Asia C-172/99 Oy Liikenne Ab, kohdat 16 ja 24

¹⁴ Kaaviossa on esitetty oikeuksien ja velvollisuuksien siirtymisen malli liikkeen luovutuksen seurauksena. Barnard 2012 s. 579.

¹⁵ Paasivirta 2002 s. 483

¹⁶ Liikkeenluovutusdirektiivin avoimuudesta on oikeuskirjallisuudessa todettu, että ”sen ydinmääräysten sanamuoto on huomattavan lakoninen, ja se on lähtökohtaisesti ollut avoin erilaisille tulkinnoille.” Paasivirta 2002 s. 468

¹⁷ Engblom 2002 s. 109. Työsopimuslain 1:10.1:n muotoilu on myös kuvattu, tosin sinänsä kriittikittömästi, mutta lähinnä säännöksen avoimuuden takia ”yleiseksi luonnehdinnaksi siitä, mitä liikkeen luovutuksella tarkoitetaan.” Tiitinen – Kröger 2008 s. 322

dostuvat.¹⁸ Myöskään EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö liikkeen luovutuksia koskeissa asioissa ei ole ollut yksiselitteistä, etenkin tiettyjä tulkintakysymyksiä koskevia tuomioita toisiinsa verrattaessa.¹⁹ Toinen oikeuskirjallisuudessa epäselvyyttä aiheuttava tekijä on mielestäni se, että liikkeen luovutuksen arviointikriteereitä käsitellään usein ”pääallekkäin” niin, että esimerkiksi toiminnallista kokonaisuutta ja luovutuskohteen identiteetin säilymistä koskevaan edellytykseen sekoitetaan toiminnan samankaltaisuutta koskevia kriteereitä. Ne ovat toki toisiinsa sidoksissa ja sen vuoksi hankalaa erottaa toisistaan, mutta lähtökohdiltaan ne ovat etenkin nykyään luovutuksen toteutumista koskevin arviointiperusteina eri tasoilla, ja siksi niiden esitystapa oikeuskirjallisuudessa on omiaan aiheuttamaan niiden rajojen hämärtymistä.²⁰

Ensimmäisenä tutkimuskysymyksenä on työ sopimuslain 1:10.1:n mukaisen liikkeen luovutuksen käsitteen analysointi ja systematisointi. Esitän luovutuksen toteutumisarvioinnin osatekijät kahdessa taulukossa, joiden perusteella voidaan toisaalta selkeästi todeta se, miten arviointiperusteet muodostuvat ja toisaalta havainnoida oikeuskirjallisuudessa vallitsevaa eroa niiden esittämässä. Kysyn, voidaanko yritysjärjestelyille määritellä sellaisia yleisiä tekijöitä, joiden aktualisoituminen yritysjärjestelyssä konstituoi järjestelystä (automaattisesti) liikkeen luovutuksen?²¹ Kysymykseen vastaaminen edellyttää luovutusinstituution perusteellista avaamista sekä kansallisella että EU-tasolla. Lisäksi käyn läpi niitä erityisiä edellytyksiä, joilla konkurssipesän suorittama luovutus voi täyttää luovutussääntelyn soveltumisedellytykset, fuusiota koskevaa kysymyksenasettelua sekä alihankintaan siirtymisen ja alihankkijan vaihtamisen osalta (erilaiset contracting out- tilanteet) niitä koskevia, erityisiä huomioon otettavia arviointiperusteita luovutuksen toteutumisen kannalta.

Toisena tutkimuskysymyksenä on liikkeenluovutusdirektiivin ns. vähimmäisdirektiiviluonteen käytännön merkityksen tarkastelu oikeuskäytännön näkökulmasta. Liikkeenluovutusdirektiivin

¹⁸ Liikkeen luovutuksen toteutumista koskevassa arvioinnissa osa arviointiperusteista on sellaisia luovutuksen kannalta välttämättömiä edellytyksiä (kuten työnantajan vaihtuminen), että ne sulkevat toteutumatta jäädessään automaattisesti pois sääntelyn soveltumisen. Osa arviointiperusteista on sellaisia, että ne vaikuttavat luovutuskohteen identiteetin ja taloudellisen kokonaisuuden muodostumista koskevaan kokonaisarviointiin, mutta niiden toteutumatta jääminen ei automaattisesti johda sääntelyn soveltumattomuuteen. Hieman toiselta kannalta ajateltunahan jokaista erillistä arviointiperustetta, joka sulkee liikkeen luovutuksen toteutumisen pois yksittäistapauksessa, voidaan ajatella kyseisen tapauksen kannalta välttämättömänä edellytyksenä.

¹⁹ Koskinen – Linderborg – Mäki – Nyman – Vehtola 2002 s. 456

²⁰ Tässä yhteydessä voidaan lyhyesti todeta, että EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella toiminnan samankaltaisuus oli aikaisemmin merkittävä luovutuksen kohteen identiteettiä muotoava tekijä. Myöhemmin arviointi on suuntautunut laajemmin luovutuksen kohteen ominaisuusarviointiin, mikä on vähentänyt huomattavasti luovutuskohteen toiminnan samanlaisuuden merkitystä taloudellisen kokonaisuuden ja identiteetin säilymisen arvioinnissa.

²¹ Toisin sanoen kysymys on siitä, millä perusteilla liikkeen luovutuksen toteutuminen voidaan varmasti tunnistaa. Tutkimuskysymykset esiintyvät tutkielmassa tässä esittelemästäni poikkeavassa järjestyksessä. Käsittelem sen sisäiseen koherenssiin liittyvistä syistä ensin EU-oikeuden vaikutusmallien tarkastelun yhteydessä vähimmäisdirektiiviluonteen sisältöineen ja vaikutuksineen, sen jälkeen tarkastelen liikkeen luovutuksen käsitettä ja sen toteutumisen perusteita erityyppisissä yritysjärjestelyissä ja lopuksi arvioin sitä, minkälaisia mahdollisuuksia yritysjärjestelyn osapuolilla on vaikuttaa luovutussääntelyn soveltumiseen.

vähimmäisdirektiiviluonne tarkoittaa sitä, että työsopimuslain 1:10:n tulkinnassa tulisi ottaa huomioon Suomen EU-jäsenyyttä edeltävä, direktiivin säännöksiä edullisempi kansallinen oikeuskäytäntö niiltä osin, kuin se on työntekijälle direktiivin säännöksiä edullisempi, koska direktiivillä on turvattu vain vähimmäisehdot. Kysyn, onko yhdessäkään korkeimman oikeuden 1.1.1994 jälkeen antamassa, liikkeen luovutusta muodossa tai toisessa koskevassa tuomiossa perusteltu ratkaisun lopputulosta liikkeenluovutusdirektiivin ”vähimmäisdirektiiviominaisuudella” eli työntekijöille direktiivin vähimmäistasoa edullisempaan käytäntöön vedoten? Tarkoitukseni on selvittää, onko liikkeenluovutusdirektiivin vähimmäisdirektiiviominaisuudella mitään merkitystä tuomioistuinten ratkaisukäytännössä, vai onko tulkinta muuttunut vain suoraviivaiseksi EU-tuomioistuimen ratkaisujen luetteloinniksi, kuten jäljempänä kuvailemallani tavalla on oikeuskirjallisuudessa kritisoitu.

Kolmantena tutkimuskysymyksenä tarkastelen liikkeenluovutussääntelyn kiertämisen mahdollisuutta osapuolten sopimusdisponointien ja muiden yritysjärjestelyn toteuttamiseen liittyvien vaikutusmahdollisuuksien näkökulmasta. Kysymys kuuluu, voidaanko liikkeenluovutussääntelyn arvioida mahdollistavan tapoja kiertää sen soveltumista erilaisissa yritysjärjestelyissä? Luovutussääntelyn soveltumisperusteiden liian kategorinen arviointi antaisi osapuolille mahdollisuuksia yritysjärjestelyn toteuttamiseen sääntelyn työsuojelullisten tavoitteiden vastaisesti siten, että liikkeenluovutussääntelyn ei katsottaisi soveltuvan arvioitavaan järjestelyyn. Tässä sääntelyn kiertämismahdollisuuden ehkäisemisessä on viimesijainen merkitys tuomioistuinten yritysjärjestelyä koskevalla kokonaisharkinnalla jossa, kuten pyrin osoittamaan, sellaisilla tekijöillä, joiden olemassaolon tai puuttumisen voitaisiin ajatella olevan ratkaisevan tärkeitä luovutussääntelyn soveltumiselle, ei katsotakaan olevan tarkasteltavana olevassa tapauksessa (ratkaisevaa) merkitystä. Mikäli sääntelyä pyritään kiertämään, sen soveltumisedellytyksethän oletettavasti tunnistetaan ja pyritään huomioimaan järjestelyn toteuttamistavassa siten, että luovutussääntely jäisi soveltumatta siihen.²²

²² Tutkielman ulkopuolelle jäävät liikkeen luovutusta koskevan sääntelyn osalta työsopimuslain 1:10.2:n mukainen työsuhteista johtuvia oikeuksia ja velvollisuuksia sekä niihin liittyviä työsuhte-etuuksia koskeva sääntely, vaikka ne liittyvätkin kiinteästi liikkeen luovutuksen käsitteeseen sen soveltumisen seurauksia koskevana asiaina. Tutkielman ulkopuolelle jäävät myös julkisten yhteisöjen – esimerkiksi valtion, kuntien ja kuntayhtymien – toimintojen siirrot yhteisöstä tai sen osasta toiseen. Tässä voidaan kuitenkin lyhyesti todeta, että sen osan julkisyhteisöjen palveluksessa olevista, joka on työsuhteista, asema määräytyy työsopimuslain säännösten mukaisesti riippumatta siitä, onko julkinen yhteisö liikkeen luovuttajana vai luovutuksensaajana. Liikkeenluovutusdirektiivin 1 artiklan 1 c kohdan mukaan liikkeen luovuttamisena ei pidetä hallintoviranomaisten uudelleenorganisointia eikä hallinnollisten tehtävien siirtämistä hallintoviranomaiselta toiselle. Ks. asiaa koskeva ratkaisu KKO 2009:37. Erityislailla voidaan kuitenkin säätää, että julkisyhteisöjen organisointien yhteydessä on noudatettava säännöksiä liikkeen luovutuksesta ja sen vaikutuksesta työsuhteisiin. Asiaa koskevasta kysymyksenasettelusta tarkemmin mm. Rasinmäki 1997 s. 456-466

1.2 Tutkielman metodi ja dispositio

Tutkielman metodi on lainopillinen.²³ Koska liikkeen luovutusta koskevan sääntelyn muotoutuminen nykyiseen tilaansa on tapahtunut historiallisen kehityskulun tuloksena, olennaisena osana tarkasteluun kuuluu sen kehityskaaren kannalta keskeisimpien EU-tuomioistuimen ratkaisujen esittely. Tietyillä niistä on ollut merkittävä vaikutus jäsenvaltioiden luovutussääntelyä koskevaan tulkinta- ja soveltamiskäytäntöön.²⁴ Koska oikeushistoria on oikeudellisen muutoksen analyysiä, eikä sen tarkoituksena ei ole ainoastaan luetella aiemmin voimassa olleita säädöksiä, lakeja sekä oikeusnormeja kronologisesti, tai kuvata niitä aikajärjestyksessä²⁵, lähestymistapani sääntelyn historialliseen kehityskulkuun on pikemminkin deskriptiivinen kuin oikeushistoriallinen. Jotta tutkielma saavuttaisi sisäisen koherenssin, on sen etenemisjärjestykselle asetettava tiettyjä vaatimuksia. Koska liikkeen luovutuksen käsite pohjautuu nykyään merkittävältä osin EU-oikeuteen, tarkastelen tutkielman alussa liikkeenluovutussääntelyn historiallista perustaa, liikkeenluovutusdirektiivien voimaantulon vaikutuksia jäsenvaltioissa ja yleisemmin EU-oikeuden vaikutustapoja kansallisessa oikeudenkäytössä. EU-oikeuden jäsenvaltioihin kohdistuvien, aiheen kannalta merkityksellisimpien vaikutusmallien käsittelyn jälkeen käyn läpi liikkeen luovutuksen käsitteen toteutumisen pääedellytykset ja sen, mitä vaatimuksia luovutuksen kohteelle on asetettava, jotta se olisi sääntelyn tarkoittaman ”liike”, ja millä edellytyksillä luovutuksen kohde muodostaa luovutussääntelyn soveltumisen edellytyksenä olevan ”identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden”. Sen jälkeen tarkastelen liikkeen luovutuksen tietynlaisina erityistapauksina esimerkiksi vuokrasuhteissa tapahtuvia muutoksia ja toimintojen siirtämistä alihankintaan eli niiden ulkoistamista. Luovutuksen toteutumista koskevien arviointiperusteiden läpikäynnin jälkeen arvioin seikkoja, joiden perusteella luovutuksen voidaan ainakin lähes varmasti arvioida toteutuvan ja lopuksi osapuolten mahdollisuuksia välttää sääntelyn soveltuminen yritysjärjestelyyn.

2. Liikkeen luovutuksen sääntelyperusta

2.1 Yritysjärjestelyjen työoikeudellisesta sääntelystä ennen liikkeenluovutusdirektiivejä

Ennen ensimmäisen liikkeenluovutusdirektiivin voimaantuloa yritysjärjestelyjä lähestyttiin jäsenvaltioissa työntekijänäkökulmasta kahdella toisistaan poikkeavalla tavalla. Ranskan oikeudessa oli edellytetty jo vuodesta 1928, että jos työnantajan juridisessa asemassa tapahtui muu-

²³ Lainopillisen tutkimusmetodin sisällöllisistä edellytyksistä ks. mm. Aarnio 1989 s.31

²⁴ Luovutussääntelyn soveltumista koskevien arviointiperusteiden tarkastelun yhteyksissä esiteltyjen oikeustapausten sijoittelu voisi olla toisenlainenkin, koska ratkaisut sisältävät käytännössä aina useampiin yksityiskohtiin nojautuvia näkökohtia kuin siihen, jonka yhteydessä ratkaisu esitellään. Sen takia niiden sisältö on huomioitava laajemmalla, kuin vain käsittelypaikkansa kontekstissa. Läheskään kaikkien ratkaisujen tarkempi avaaminen ei ole tutkielman puitteissa mahdollista, joten lähtökohtana tarkastelussa käytän primääriaineistona EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntöä. Niiden yhteydessä esittelen vastaavia korkeimman oikeuden käsiteltävänä olevaa asiaa koskevia ratkaisuja.

²⁵ Oikeushistoriallisesta tutkimusmetodista ks. mm. Kekkonen 1999 s. 5

tos esimerkiksi kaupan tai sulautumisen seurauksena, kaikki luovutushetkellä voimassa olleet työ sopimukset jatkuivat uuden työnantajan ja työntekijöiden välillä. Luovutus määriteltiin laajasti toiminnaksi, ja esimerkiksi siivoustoiminta sisältyi luovutuksen määritelmään.²⁶ Kyseinen lähestymistapa oli saanut alkunsa työnantajien tarpeista, ja sillä pyrittiin varmistamaan, että luovutuspäivänä omaisuuden lisäksi vastaanottajalle siirtyi myös tarpeellinen ja ammattitaitoinen työvoima, joka osasi käyttää yritysjärjestelyssä mukana mahdollisesti seuraavia laitteita.²⁷ Saksan oikeudessa asiaa lähestyttiin kapeammasta näkökulmasta, ja luovutuksen kohteen edellytettiin olevan pelkkää toimintoa laajempi järjestäytynyt kokonaisuus. Sääntö, jonka mukaan työsuhteet siirtyvät automaattisesti ja pakottavasti luovutuksensaajalle, oli kuitenkin molemmissa lähtökohtana. Common law- järjestelmässä Englannissa jokaista työ sopimusta käsiteltiin erillisenä yksikkönä, joka ei voinut siirtyä toiselle työnantajalle. Lähtökohtana arvioinnissa oli sopimusvapaus työnantajan ja työntekijän välillä. Tämä lähtökohta suhtautumisessa työnantajuuden vaihtumista koskevaan kysymykseen oli muotoiltu muutamissa vanhoissa Englantilaisissa tuomioistuinratkaisuisa.²⁸ Liikkeenluovutusdirektiivin voimaantulo ja sen implementointi muuttivatkin suuresti oikeustilaa erityisesti Englannissa. Tämä johtui direktiivin tavasta työntekijöiden suojaamiseen, joka tarkoitti työsuhteiden automaattista jatkumista luovutuksensaajalla.²⁹

Ensimmäisen liikkeenluovutusdirektiivin 77/187/ETY³⁰ lähestymistapa liikkeen luovutuksiin suosi Ranskalaisia lähtökohtia common law- järjestelmään verrattuna.³¹ Direktiivin voimaantulo tarkoitti käytännön tasolla sitä, että neuvoteltaessa ja päätettäessä erilaisten yritys järjestelyjen toteuttamisesta, yritysjuristien oli pakko kiinnittää huomiota myös työ lainsäädännön yritys elämän tapahtumille asettamiin vaatimuksiin. Uusi sääntely asetti esteitä perinteiselle tavalle työskennellä, eikä siitä pidetty. Englannissa sitä kohtaan nousi voimakastakin kritiikkiä, jossa paikalliset juristit muun muassa puolustivat kansallisen sääntelyn kapeaa tulkintaa verrattuna direktiiviin.³² Direktiivin tultua voimaan esimerkiksi Saksa ja Ranska saattoivat jatkaa tekemättä mitään muutoksia asiaa koskeviin säännöksiin, koska direktiivin tekstissä ei ollut niiden oikeuskäytännössä esiintyneitä erimielisyyksiä koskevia selvennyksiä, vaan niiden ratkaiseminen oli

²⁶ Nielsen 2002 s. 65

²⁷ Barnard 2012 s. 578

²⁸ Ratkaisu Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries Ltd [1940] AC 1014 johti keskusteluun, jonka on ulko- maisessa oikeuskirjallisuudessa todettu edustaneen yleistä common law- katsantokantaa ennen liikkeenluovutusdirektiivien antamista. Siinä tuomioistuin oli antanut lainsäädäntöön perustuvan määräyksen liiketoiminnan siirtämisestä toiselle yritykselle. Eräs työntekijöistä jäi tämän jälkeen pois töistä, ja hänet tuomittiin maksamaan vastaanottajayritykselle vahingonkorvausta. Hän kiisti työsuhteensa siirtymisen ja esitti, että hän voisi olla vahingonkorvausvelvollinen ainoastaan, jos hän olisi työllistynyt uuteen yritykseen. Alemmat tuomioistuimet tuomitsivat hänet maksamaan korvauksia, mutta hän vetosi parlamentin ylähuoneeseen, jonka enemmistön mukaan hänen ei tarvinnut maksaa tuomittuja korvauksia. Hänen työsuhteensa ei ollut voinut siirtyä toiselle työnantajalle ilman hänen suostumustaan.

²⁹ Lamponen 2009 s. 362

³⁰ Direktiiviä on kutsuttu Englannissa nimellä ”The acquired rights directive”.

³¹ Barnard 2012 s. 578

³² O’Leary 2002 s. 253

jätetty myöhemmän kehityksen varaan. Tanskassa direktiivin lähtökohtana oli työsuhteiden jatkumattomuus työnantajan vaihtuessa, mikä johti siihen, että uusi sääntely muutti Tanskassa vallinnutta oikeustilaa radikaalisti. Ruotsissa tilanne oli samankaltainen Tanskan kanssa, kun Ruotsi liittyi ETA-sopimukseen vuonna 1994³³, mutta sen sijaan Suomen lainsäädäntö oli pitkälti direktiivin mukaista jo ennen sen Suomea velvoittavaksi tuloa.³⁴

2.2 Direktiivi 77/187/ETY ja sen taustaa

Eurooppa-oikeudellisen sääntelyn lähtökohdat ovat perinteisesti olleet makrotaloudellisia, ja sen tavoitteena on ollut EU:n laajuisten markkinoiden luominen ja ylläpitäminen. Tämä lähtökohta on vaikuttanut myös yhteisön sääntelypolitiikkaan, jota on toteutettu ensisijaisesti vapaan liikkuvuuden periaatteen ja kilpailusääntöjen kautta. EU-oikeuden perusasennetta työntekijöitä kohtaan on kuvailtu instrumentaaliseksi, eli taustalla on vallinnut pyrkimys mahdollistaa tuotannon tekijöiden siirtyminen sinne, missä tuotanto- ja yritystoiminta sijaitsee.³⁵ Työntekijöiden suojeleminen, joka on leimallinen modernin kansallisen työoikeuden oikeuspoliittinen periaate, oli pitkään taka-alalla. 1970-luvun alkupuolella sääntelyn kohdentumiseen ja erityisesti sen puutteellisen sosiaalisen ulottuvuuden aiheuttamaan problematiikkaan alettiin kiinnittää huomiota.³⁶ Huoli koski erityisesti sitä, että lisääntyvän kilpailun mukanaan tuomat väistämättömät rakenneuudistukset tulisivat johtamaan yksittäisten työntekijöiden kärsimiseen yritysten uudelleenjärjestelyissä.³⁷ Tämä johti kolmen merkittävän direktiivin hyväksymiseen osana vuosien 1974 - 1976 Euroopan ns. sosiaalista mallia, jonka tarkoituksena oli puuttua taloudellisten muutosten sosiaalisiin näkökulmiin.³⁸ Yksi näistä direktiiveistä oli liikkeenluovutusdirektiivi 77/187/ETY.³⁹ Sen omaksuminen heijasteli sekä yhteisön pyrkimyksiä parantaa taloudellisen kasvun ei-toivottuja lieveilmiöitä että sen pyrkimyksiä eliminoida kilpailun vääristymiä.⁴⁰

³³ Ruotsissa vuoden 1992 työoikeuskomitea valmisti asiaa, ja komitean enemmistö katsoi, ettei Ruotsin oikeuteen ollut välttämätöntä tehdä mitään muutoksia koska se oli sisällöltään direktiivin mukainen. Tämä johtopäätös osoittautui kuitenkin hätäiseksi, ja suuria eroja Ruotsin sääntelyn ja direktiivin välillä osoitettiin myöhemmin olevan. Ruotsin työläinsäädännössä ei ollut olemassa yleistä sääntöä työsuhteiden siirtymisestä luovutuksessa. Bruun – Malmberg 2006 s. 18

³⁴ Nielsen 2002 s. 64-65 ja alaviite 125

³⁵ Paasivirta 2002 s. 463

³⁶ Paasivirta 2002 s. 464

³⁷ O'Leary 2002 s. 241

³⁸ Barnard 2012 s. 578.

³⁹ Kaksi muuta direktiiviä olivat joukkovähennysdirektiivi 75/129 ja maksukyvyttömyysdirektiivi 80/987. EU:n työoikeudellinen lainsäädäntö koostuu pääasiassa direktiiveistä. Direktiivit eivät ole jäsenvaltioissa yleisesti sovellettavaa oikeutta, vaan jäsenvaltioiden tulee lainsäädäntötoimin tai muilla toimenpiteillä saattaa direktiivien määräykset voimaan kansallisessa oikeudessa. Kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten tulee kansallisten säännösten tulkinnassa ja soveltamisessa ottaa huomioon niiden taustalla olevat direktiivit ns. EU-oikeuden mukaisen tulkinnan periaatteen mukaisesti. Bruun – Malmberg 2006 s. 4

⁴⁰ O'Leary 2002 s.242. Direktiivin johdannossa selvitettiin syitä aikakautensa mittapuulla edistyskellisen työntekijöiden suojelumekanismin käyttöönotolle, jolla oli myös potentiaalia vaikuttaa perustavanlaatuisesti jäsenvaltioiden työläinsäädäntöihin. Keskeinen syy työntekijöiden suojelun minimitason käyttöönotolle EU:n tasolla oli pelko siitä, että eroilla jäsenvaltioiden työntekijöiden suojelun tasossa saattaisi olla vahingollinen vaikutus luovutuksiin ja sulautumisiin, jotka yhteismarkkinoilla oli tarkoitus toteuttaa suuremman taloudellisen integraation saavuttamiseksi. Ibid.

Ensimmäisen liikkeenluovutusdirektiivin soveltamisalaa koskeva 1 artikla kuului suppeudessaan seuraavasti:

1. Tätä direktiiviä sovelletaan yrityksen tai liikkeen taikka liiketoiminnan osan luovuttamiseen toiselle työnantajalle sopimukseen perustuvan luovutuksen taikka sulautumisen kautta.
2. Tätä direktiiviä sovelletaan, mikäli luovutettava yritys tai liike taikka liiketoiminnan osa sijaitsee alueella, jolla perustamissopimusta sovelletaan.
3. Tätä direktiiviä ei sovelleta merialuksiin.

Direktiivi tuli voimaan 11.2.1977. Kesti joitakin vuosia, ennen kuin ensimmäiset sen tulkintaa koskevat kysymykset saatettiin EU-tuomioistuimen käsittelyyn. Tanska oli ensimmäinen jäsenvaltio, joka esitti EU-tuomioistuimelle liikkeenluovutusasiaa koskevan ennakkoratkaisupyynnön asiassa C-19/83 *Wendelboe*.⁴¹ Sitä seurasi samana ja seuraavina vuosina direktiivin tulkintaan liittyvien juttujen tulva. Direktiivin tekstin tulkinnanvaraisuus avainkäsitteidensä osalta aiheutti ongelmia kansallisissa tuomioistuimissa ja myös EU-tuomioistuimessa.⁴² Kansallisilla tuomioistuimilla vaikutti olevan erityisiä vaikeuksia sen päättelemisessä, soveltuiko direktiivi niiden käsiteltävänä kulloinkin olevaan yritysjärjestelytyyppiin. Kysymykset koskivat toistuvasti sitä, miten käsitteitä ”luovutus” (legal transfer) ja ”yrityksen tai liikkeen taikka yritys- tai liiketoiminnan osan luovuttaminen” (transfer of an undertaking, business or part of business) pitäisi tulkita.⁴³ Ennakkoratkaisupyyntöjen virran on katsottu johtuneen useammasta syystä.⁴⁴ Vaikka direktiivi sai alkunsa rajoitettuna työntekijöiden suojelumekanismina, sitä sovellettiin pian sen voimaantulon jälkeen yhä monimutkaisempiin yritystoiminnan järjestelyihin, jollaisia ei ollut kyetty ennustamaan direktiiviä omaksuttaessa, eivätkä kansalliset tuomioistuimet osanneet arvioida, kuinka laajasti direktiiviä pitäisi soveltaa niihin. Kysymystä eivät helpottaneet sen

⁴¹ 1980-luvulla kaikki liikkeenluovutusdirektiiviä koskeneet alistamispyynnöt tulivat Tanskasta ja Hollannista. O’Leary 2002 s. 245. Ks. myös Nielsen 2002 s. 64

⁴² Jatkuvasta epävarmuudesta direktiivin säännösten tulkinnassa voidaan syyttää yhteisön, ja näin ollen myös jäsenvaltioiden lainsäädäntöelimiä. Toistuvat kysymysten alistamiset EU-tuomioistuimen ratkaistavaksi saattoivat olla peräisin myös tuomioistuimen omasta oikeuskäytännöstä. Jos arviointikriteerin sisältö vaihtelee tarkasteltavasta toiminnasta tai jopa sen tuotantomenetelmistä riippuen, kansalliset tuomioistuimet kokevat houkuttelevaksi pyytää apua EU-tuomioistuimelta sellaisen arviointipäätöksen toteuttamiseksi, jota oikeuskäytäntö ja artiklasta 234 (ennakkoratkaisumenettelyä koskeva artikla, jonka mukainen sääntely on nykyisessä Lissabonin sopimuksessa artikkelissa 267) johtuvat vaatimukset niiltä edellyttävät. EU-tuomioistuin puolestaan sekoittaa asioita entisestään olemalla joissain tapauksissa haluton ottamaan kantaa direktiivin soveltumiseen käsiteltävänä olevaan kysymykseen ja esittää ainoastaan laajoja suuntaviivoja kansalliselle tuomioistuimelle sen soveltumisen arviointiin. Joissakin tapauksissa se puolestaan osoittaa kansallisille tuomioistuimille suoraan, onko kyseessä pysyvä taloudellinen kokonaisuus, jonka seurauksena direktiivi joko soveltuu tai ei sovellu. O’Leary 2002 s.292

⁴³ Myöhemmin direktiivin tulkintaa koskevat kysymykset ovat kohdentuneet enemmänkin direktiivin soveltumiseen palveluiden contracting out- luovutuksiin ja luovutuksiin, joihin liittyi maksukyvyttömyys- tai muita vastaavia menettelyjä.

⁴⁴ Jatkuvan, erityisesti tietyiltä alueilta saapuvan juttuvirran, on arvioitu tarkoittavan sitä, että kansalliset tuomioistuimet ovat olleet joko tyytymättömiä EU-tuomioistuimelta saamiinsa suuntaviivoihin, pitävät niitä toimimattomina tai että niiltä puuttuu yksinkertaisesti itseluottamus soveltaa niitä käsiteltävänä oleviin monimutkaisiin yritysjärjestelyihin. O’Leary 2002 s. 289-290

soveltamisalan laajuuteen jäsenvaltioiden sisällä kohdistuvat kahdensuuntaiset näkemykset ja odotukset. Direktiiviä kritisoitiin esimerkiksi siitä, että se häiritsi vapaata yrittäjyyttä ja rajoitti vakavasti työnantajien mahdollisuutta työvoimansa järjestelyyn tai esimerkiksi uusien, innovatiivisten työmenetelmien esittelemiseen. Tämä rajoitti toivottua tehokkuuden parantumista saattaen jopa saada mahdollisen ostajan luopumaan yritysjärjestelyn toteuttamisesta.⁴⁵ Kahteen suuntaan vaikuttavien näkemysten välillä painotellen EU-tuomioistuin antoi ensimmäisen direktiivin voimassaoloaikana useita luovutuksen käsitteen tulkintaa kansallisissa tuomioistuimissa ohjaavia ratkaisuja, joista osa on edelleen hyvin merkittävässä asemassa niiden liikkeen luovutuksen tunnistamista koskeissa ratkaisuissa.

Direktiivin sääntely on pakottavaa. Asiassa C-324/86 Daddy's Dance Hall EU-tuomioistuin totesi, että ”direktiivin 77/187/ETY tarkoituksena on huolehtia työntekijöiden suojasta sen varmistamiseksi, että heidän työsopimuksesta tai työsuhteesta johtuvat oikeutensa säilyvät yrityksen luovutuksessa. Koska tämä turva on merkitykseltään ordre public -tyyppinen ja näin ollen riippumaton työsopimuksen sopimuspuolten tahdosta, direktiivin säännöksiä, erityisesti niitä, jotka koskevat työntekijöiden turvaa yrityksen luovutuksesta johtuvaa irtisanomista vastaan, on pidettävä pakottavina siten, ettei niistä voida poiketa työntekijöiden vahingoksi. - - Tästä seuraa, ettei asianomaisilla työntekijöillä ole mahdollisuutta luopua niistä oikeuksista, jotka heille direktiivin perusteella kuuluvat, ja ettei näiden oikeuksien rajoittamista hyväksytä edes heidän suostumuksellaan.”⁴⁶ Yhdistetyissä asioissa C-132/91, C-138/91 ja C-139/91 Katsikas EU-tuomioistuin kuitenkin tarkensi esittämänsä. Sen mukaan ”direktiivin 3 artiklan 1 kohtaa - - on tulkittava siten, ettei se estä sitä, että työntekijä, joka työskentelee yrityksen luovuttajan palkkaamana työntekijänä direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun luovutuksen ajankohtana, voi vastustaa työsopimuksensa tai työsuhteensa siirtämistä luovutuksensaajalle. Direktiivissä ei kuitenkaan veloiteta jäsenvaltioita säätämään, että jos työntekijä päättää vapaaehtoisesti olla pitämättä voimassa työsopimustaan tai työsuhdettaan luovutuksensaajan kanssa, luovuttajan kanssa tehty työsopimus tai työsuhde pysyy voimassa. Tällainen tilanne ei tosin ole myöskään vastoin kyseistä direktiiviä. Tällöin jäsenvaltioiden asiana on päättää, mitä tapahtuu luovuttajan kanssa tehdylle työsopimukselle tai työsuhteelle.”⁴⁷

2.3 Direktiivi 98/50/EY

Ensimmäisen liikkeenluovutusdirektiivin muuttamisen alkaessa tulla ajankohtaiseksi muutoksen toteuttamistavasta käyty keskustelu oli muodostumassa politisoituneeksi taistelukentäksi.

⁴⁵ Barnard 2012 s. 580 ja alaviite 29

⁴⁶ Asia C-324/86 Daddy's Dance Hall, kohdat 14 ja 15

⁴⁷ Yhdistetyt asiat C-132/91, C-138/91 ja C-139/91 Katsikas, kohta 37. Esimerkiksi Ruotsissa on säädetty, että työntekijä voi kieltäytyä siirtymisestä. Tällaisessa tilanteessa hän jatkaa luovuttajan työntekijänä. Sargeant 2007 s. 42

Sen osapuolina olivat toisaalta tahot, jotka näkivät direktiivin muuttamiseen riittävän vain sen suoraviivaisen päivittämisen, kun taas toista näkemystä edustavat tahot (työnantajajärjestöt ja tietyt jäsenvaltiot), taistelivat muuttaakseen sellaisia mielestään ei-toivottuja vaikutuksia, joita EU-tuomioistuimen liian protektionistinen direktiivin tulkinta ja erityisesti sen soveltuminen palvelutoimintojen contracting out- tilanteisiin oli aiheuttanut.⁴⁸ Vuoden 1992 raportissaan direktiivin 77/187 implementoinnista jäsenvaltioissa myös EU:n komissio osoitti tyytymättömyyttä tiettyjä EU-tuomioistuimen kehittämiä tulkintasuuntaviivoja kohtaan. Se otti esityksen direktiivin muuttamisesta käsittelyynsä vuonna 1994, alkuperäisen direktiivin lainsäädännöllisen pohjan kuitenkin säilyttäen.

Lukuisia asiantuntijalausuntoja harkittuaan Komissio päätti direktiivin muuttamista koskevassa ehdotuksessaan rajata direktiivin soveltamisalaa poistamalla siitä pelkän toiminnon luovuttamisen.⁴⁹ Komission esittelemä luonnos tekstistä heijasteli vastakkainasettelua työntekijöiden suojelutavoitteiden, ja toisaalta sekä yhteisön että jäsenvaltioiden tahdon edistää yritystoiminnan joustavuutta, välillä.⁵⁰ Sen liitteenä olevassa muistiossa toisaalta todettiin, että direktiivi 77/187 oli osoittautunut korvaamattomaksi työkaluksi työntekijöiden suojaamisessa yritysten uudelleenjärjestelyissä varmistaen rauhanomaiset ja yhteisymmärrykseen perustuvat taloudelliset ja tekniset uudelleenjärjestelyt asettamalla näille minimistandardit edistämään reilua kilpailua.⁵¹ Toisaalta direktiivi oli kuitenkin epäonnistunut tarjoamaan suurempaa joustavuutta maksukyvyttömiä tai konkurssikypsien yritysten luovutuksissa eikä, komission sanoin, kattanut selkeästi yritysten uudelleenjärjestelyjen monikansallista ulottuvuutta.⁵² Komission mukaan sen ehdotus poistaa contracting out- tilanteet direktiivin soveltamisalasta oli ainoastaan tarpeellinen selvennys, joka palveli oikeuskäytännön kodifointia osana jälki-Maastrichtilaista lainsäädännön arviointiprosessia,⁵³ ja auttaisi direktiivin tulkinnassa ja soveltuvuusarvioinnissa.⁵⁴ Komissio oli johtanut tulkintansa sääntelyn soveltumattomuudesta contracting out- luovutuksiin asian C-24/85 Spijkers perusteluista, jossa oli lueteltu joukko luovutuksen kohteelta edellytettäviä taloudellisen kokonaisuuden ja identiteetin säilymisen arviointiperusteita. Niiden lähtökohdista

⁴⁸ Kenner 2003 s. 344

⁴⁹ Luonnoksen 1(1) artiklan mukaan ”pelkästään yrityksen toiminnon luovuttaminen - - riippumatta siitä, oliko sitä aikaisemmin hoidettu suoraan, ei itsessään muodosta luovutusta direktiivin tarkoittamassa merkityksessä.” COM 1994 s.

⁵⁰ Direktiivin muuttamisella oli useampia tavoitteita. Ensimmäinen oli käsitteiden ”liike (undertaking)” ja ”luovutus (transfer)” selkiyttäminen. Ne olivat osoittautuneet ongelmallisiksi kansallisissa tuomioistuimissa ja johtaneet useisiin ennakkoratkaisupyyntöihin. Toisena tavoitteena oli työntekijän käsitteen tarkentaminen niin, että siihen sisältyivät myös osa-aikaiset ja tilapäiset työntekijät. Kolmanneksi maksukyvyttömyysmenettelyissä haluttiin sallia suurempi joustavuus ja neljänneksi laajentaa direktiivin soveltumista julkisiin taloudellista toimintaa harjoittaviin yrityksiin riippumatta siitä, tavoittelivatko ne voittoa ja esiteltiin yhdistetty työnantajien vastuu. O’Leary 2002 s. 280

⁵¹ COM 1994 s. 1

⁵² O’Leary 2002 s. 280

⁵³ Kenner 2003 s. 344

⁵⁴ O’Leary 2002 s.280

käsin olisikin ollut loogista päätellä, että pelkän toiminnon siirtyminen ei muodostaisi luovutusta, koska se on vain yksi osa kokonaisuuteen kohdistuvasta arvioinnista, joka kansallisen tuomioistuimen on suoritettava. Komission tulkinta oli kuitenkin virheellinen, koska mainitun tuomion jälkeisissä asioissa C-209/91 Rask ja C-392/92 Schmidt EU-tuomioistuin oli päivittänyt ”Spijkers-testin” kattamaan nimenomaisesti myös contracting out- tilanteet, joissa siirtyvä toiminta oli ainoastaan avustavaa luovuttajan toiminnassa tai osa palvelua, jota suoritti ainoastaan yksi työntekijä ilman omaisuuden siirtymistä.⁵⁵ Näin ollen Komissio oli ajamassa muutosta, joka olisi käytännössä sulkenut useita contracting out- luovutuksia pois direktiivin soveltamispiiristä⁵⁶, ja siten kadottanut näkyvistään direktiivin suojelutavoitteet.⁵⁷ Samalla se asetti myös EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön kyseenalaiseksi - erityisesti sen asiassa Schmidt antaman ratkaisun - joka oli annettu aikaisemmin samana vuonna.⁵⁸ Komission esitys direktiivin uudistamiseksi herätti runsaasti kritiikkiä Euroopan parlamentissa. Katsottiin, että se ei parantanut oikeusvarmuutta ja päinvastoin, esitteli uusia epävarmuustekijöitä, jotka saattaisivat osoittautua vahingollisiksi työntekijöiden oikeuksille ja yritysten intresseille. Komissio ilmoittikin parlamentille helmikuussa 1996, että se oli valmis hyväksymään muutoksia ehdotukseensa muun muassa poistamalla siitä kiistaa herättänyt kohta.⁵⁹ Komissio korvasi sen vuonna 1997 versiolla, josta oli poistettu erottelu toimintojen ja taloudellisen kokonaisuuden välillä.⁶⁰ Direktiivi 98/50 hyväksyttiin 29. kesäkuuta 1998. Siinä direktiivin soveltamisalaa koskeva säännös sai runsaasti lisää substanssia, ja, toisin kuin ensimmäisessä liikkeenluovutusdirektiivissä, direktiiviin 98/50/EY oli EU-tuomioistuimen käytäntöön perustuen kirjoitettu auki luovutuksen tunnistamista koskevia perusteita. Koska direktiivin soveltamisalasäännös vastaa sanamuodoltaan direktiivin 2001/23/EY vastaavaa, seuraavassa kappaleessa suorittamani sen tarkempi sisältötarkastelu koskee sekä direktiiviä 98/50/EY että 2001/23/EY.

2.4 Direktiivi 2001/23/EY

Alkuperäinen liikkeenluovutusdirektiivi ja siihen myöhemmin tehdyt muutokset kodifioitiin uudelleen vuonna 2001 annettuun konsolidointidirektiiviin työntekijöiden turvaamista yrityksen tai liikkeen taikka liiketoiminnan osan luovutuksen yhteydessä koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä (2001/23/EY), joka annettiin 12.3.2001. Sen soveltamisalaa koskeva 1 luvun 1 artikla kuuluu seuraavasti:

⁵⁵ O’Leary 2002 s. 280

⁵⁶ Komission mielessä näyttivät olevan erilaiset palvelutoiminnot, kuten ruokala- ja siivouspalvelut, jotka sen esityksessä oli erotettu taloudellisista kokonaisuuksista, ja jotka se oli pyrkimässä sulkemaan pois direktiivin soveltamisalasta. O’Leary 2002 s. 281

⁵⁷ Kenner 2003 s. 345

⁵⁸ O’Leary 2002 s. 280

⁵⁹ Kenner 2003 s. 345

⁶⁰ O’Leary 2002 s. 281

1.a) Tätä direktiiviä sovelletaan yrityksen tai liikkeen taikka yritys- tai liiketoiminnan osan luovuttamiseen toiselle työnantajalle sopimukseen perustuvan luovutuksen taikka sulautumisen kautta.

b) Jollei a alakohdasta ja tämän artiklan jäljempänä olevista säännöksistä muuta johdu, tässä direktiivissä tarkoitettuna luovutuksena pidetään oman identiteettinsä säilyttävän taloudellisen yksikön luovuttamista, jolla tarkoitetaan pää- ja sivutoimisen taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi järjestettyä resurssikokonaisuutta.

c) Tätä direktiiviä sovelletaan taloudellista toimintaa harjoittaviin julkisiin tai yksityisiin yrityksiin riippumatta siitä, tavoittelevatko ne voittoa. Tässä direktiivissä tarkoitettuna luovuttamisena ei pidetä hallintoviranomaisten uudelleenorganisointia eikä hallinnollisten tehtävien siirtoa hallintoviranomaiselta toiselle.

2. Tätä direktiiviä sovelletaan siltä osin kuin luovutettava yritys tai taikka yritys- tai liike toiminnan osa sijaitsee alueella, jolla perustamissopimusta sovelletaan.⁶¹

3. Tätä direktiiviä ei sovelleta merialuksiin.⁶²

Direktiivin 1 artiklan b- kohdan mukainen määritelmä kokoaa yhteen EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön sen käsityksestä direktiivin sisällöstä.⁶³ EU-tuomioistuin totesi asiassa C-466/07 Klarenberg, että ”kuten direktiivin 2001/23 kahdeksannesta perustelukappaleesta ilmenee, tämä säännös otettiin käyttöön luovutuksen oikeudellisen käsitteen selkeyttämiseksi yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa.”⁶⁴ EU-tuomioistuimen aikaisempien direktiivien voimassaoloaikana tuottama oikeuskäytäntö otetaan edelleen huomioon liikkeen luovutuksen käsitteen tulkinnassa, ja sen vuoksi niiden aikana kertynyt liikkeen luovutusta koskeva oikeuskäytäntö on edelleen käyttökelpoista materiaalia viimeisimmän liikkeenluovutusdirektiivin (2001/23/EY) säännöksiä tulkittaessa.⁶⁵

⁶¹ Liikkeenluovutusdirektiiviä ei siis sovelleta vain kansallisesti maan rajojen sisällä. Liikkeenluovutusdirektiivi soveltuu perustamissopimuksen alueella tapahtuviin luovutuksiin siitä riippumatta, kuka yrityksen omistaa. Määrävänä tekijänä on liiketoiminnan fyysinen sijaintipaikka eikä toiminnan omistajan sijaintipaikka. Direktiivin 1 artiklan määritelmä ”alueesta, jolla perustamissopimusta sovelletaan” merkitsee sitä, että kansallisella lainsäädännöllä on oltava vähintään sama sovellusalue kuin direktiivillä. Näin ollen direktiiviä sovelletaan esimerkiksi silloin, kun yhdysvaltalainen tytäryhtiö siirretään jäsenvaltiosta toiseen. Direktiivi ei sovellu unionin ulkopuolella sijaitsevien liiketoimintojen siirtoon joiden pääkonttori sijaitsee jäsenvaltion alueella. Barnard 2012 s. 601

⁶² Merialusten luovutukset kuuluvat nimenomaisesti direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Kansallisia säännöksiä, joilla direktiivi on pantu täytäntöön, sovelletaan merialuksiin kuitenkin 12 jäsenvaltiossa. Komission kertomus 2007 s.3

⁶³ Blanpain 2003 s. 508

⁶⁴ Asia C-466/07 Klarenberg, kohta 40

⁶⁵ Komission kertomus 2007 s.3. Suurin osa liikkeenluovutusdirektiiviä koskevasta EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisuaineistosta on annettu ensimmäisten liikkeenluovutusdirektiivien voimassaoloaikana, joten sen oikeuskäytännön tarkastelu kohdistuu pääosin tuona aikana annettuihin ratkaisuihin ja niissä annettuihin tulkintasuuntaviivoihin.

2.5 Liikkeenluovutusdirektiivin tulkintavaikutus jäsenvaltioissa

Direktiiveillä on useita erilaisia oikeusvaikutuksia⁶⁶, mutta käsittelen tässä yhteydessä ainoastaan niistä liikkeenluovutussääntelyn kannalta merkittävintä, eli ns. välillistä vaikutusta (indirect effect), jota kutsutaan myös tulkintavaikutukseksi. Asiassa C-106/89 Marleasing EU-tuomioistuin määritteli tulkintavaikutuksen sisällön seuraavasti: ”kansallisen tuomioistuimen on kansallista lainsäädäntöä soveltaessaan, riippumatta siitä, onko kyse direktiiviä edeltävistä tai sen jälkeen annetuista säännöksistä, tulkittava kansallista lainsäädäntöä mahdollisimman pitkälle direktiivin sanamuodon ja tarkoituksen mukaisesti, jotta direktiivissä tarkoitettu tulos saavutettaisiin ja perustamissopimuksen 189 artiklan kolmatta kohtaa näin noudatettaisiin.”⁶⁷ Direktiivien tulkintavaikutus tarkoittaa sitä, että *kansallisen tuomioistuimen on valittava direktiivin sisältöä ja päämäärää parhaiten vastaava tulkintavaihtoehto*. Tähän lopputulokseen pääsemiseksi kansallisten tuomioistuinten on haettava sille sisältöä erilaisista tulkintalähteistä, joista tärkeimpiä ovat EU-tuomioistuimen kyseistä direktiiviä koskeva ennakkoratkaisuaineisto.⁶⁸ Direktiiviin perustuvat käännökset eivät ole identtisiä jäsenvaltioissa⁶⁹, ja sen takia useammat tulkintavaihtoehdot siihen sisältyvien määritelmien osalta ovat olleet mahdollisia⁷⁰. EU-tuomioistuin on todennut nimenomaisesti asiassa C-135/83 Abels liikkeenluovutusdirektiivin sanamuodosta ja siihen perustuvista kansallisista säännöksistä, että ”Kyseisen säännöksen eri kieliversioiden vertailun perusteella sanamuotojen välillä on terminologisia eroavaisuuksia yrityksen luovuttamisen osalta. Kun saksalaisessa ("vertragliche Übertragung"), ranskalaisessa ("cession conventionnelle"),

⁶⁶ Toisella merkittävällä oikeusvaikutuksella, ns. välittömällä oikeusvaikutuksella tarkoitetaan lähinnä EU-oikeuden kykyä tulla tietyin edellytyksin itsenäisesti ja välittömästi sovellettavaksi kansallisessa tuomioistuimessa. Välittömästä oikeusvaikutuksesta tarkemmin mm. Ojanen 2006 s. 69-71. Sen merkitys liikkeenluovutussääntelyn kannalta ei kuitenkaan ole kovin merkittävä.

⁶⁷ Asia C-106/89 Marleasing, kohta 8. Direktiivin tarkoitus on kirjoitettu auki useampiin EU-tuomioistuimen ratkaisuihin sen sanamuoto asiayhteydestä riippuen vaihdellen. Direktiivin tarkoituksena on varmistaa, niin pitkälle kuin mahdollista, että työsuhteet jatkuvat muuttumattomina luovutuksensaajalla, erityisesti velvoittamalla luovutuksensaaja noudattaa työehtosopimusten ehtoja ja määräyksiä ja suojella työntekijöitä pelkästään luovutukseen perustuvilta irtisanomisilta. Direktiiviä ja sen sanamuotoa on tulkittava tämän tarkoituksen mukaisesti. Nielsen 2000 s. 314

⁶⁸ Tulkintavaikutus rajoittuu kansallisen oikeuden tulkintaan. Tulkintavelvollisuus ei kuitenkaan edellytä tulkintaa *contra legem*, eikä myöskään oikeuta siihen. Lisäksi tulkintavaikutusta rajoittavat oikeusvarmuuden (legal certainty) ja taannehtivien oikeusvaikutusten kiellon (non-retroactivity) periaatteet. Koskinen – Linderborg – Mäki – Nyman – Veihola 2002 s. 427 ja alaviitteet 36 ja 37. Contra legem- tulkinnan kiello ei kuitenkaan koske tilannetta, jossa laissa ei ole selkeää säännöstä, jota tulkinnalla rikottaisiin. Liikkeen luovutuksen tunnistamisen yhteydessä kansallinen tuomioistuin ei voi vedota tiettyyn toisensisältöiseen tulkintaan kansallisen tulkinnan säilyttämisen perusteena. Koskinen – Linderborg – Mäki – Nyman – Veihola 2002 s. 440. Mahdollisuuksia tulkinnalliseen harmonisointiin rajaavat lisäksi perustuslaki ja kansalliselta oikeudelta edellytettävä perusoikeusmyönteinen tulkinta. mm. Kairinen 2009 s. 283 ja Paasivirta 2002 s. 466. Toisaalta on huomautettava, että ero EU-oikeuden etusijan, välittömän vaikutuksen ja kansallisen lainsäädännön tulkittamisen praeter legem tai contra legem välillä ei välttämättä ole kovin selkeä. Jääskinen 2001 s. 614

⁶⁹ Nielsen 2000 s. 314

⁷⁰ EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisujen velvoittavuudesta kansalliseen tuomioistuimeen nähden voidaan yleisellä tasolla todeta, että mikäli tuomioistuin on itse pyytänyt EU-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua EU-oikeuden sisällöstä, sen on otettava saamansa ratkaisu asianmukaisesti huomioon sen perusteena olevaa asiaa ratkaistessaan. Ennakkoratkaisun pyytäminen sitoo siis kansallista tuomioistuinta vahvemmin kuin EU-tuomioistuimen ratkaisut yleensä, koska niiden merkitys kansallisen sääntelyn tulkinnassa jäsentyy tulkintavaikutuksen kautta. Oikeuskirjallisuudessa on todettu kansallisilla tuomioistuimilla olevan vain vähän harkintavaltaa, mikäli EY-tuomioistuin esittää ennakkoratkaisua koskevassa asiassa selkeät arviointikriteerit. Koskinen – Linderborg – Mäki – Nyman – Veihola 2002 s. 453-455

italialaisessa ("cessione contrattuale") ja hollantilaisessa ("overdracht krachtens overeenkomst") versiossa selkeästi tarkoitetaan ainoastaan sopimukseen perustuvia luovutuksia, mistä voidaan päätellä, että muut luovutustavat, kuten ne, jotka johtuvat hallinnollisesta toimesta tai tuomioistuimen päätöksestä, ovat poissuljettuja, englantilaisella ("legal transfer") ja tanskalaisella ("overdragelse") versiolla tunnutaan tarkoittavan laajempaa soveltamisalaa. - - Näiden eroavaisuuksien olemassaolon vuoksi riidanalaisen säännöksen ulottuvuutta ei voida arvioida ottamalla tulkinnassa huomioon pelkkä säännöksen sanamuoto.⁷¹ Tuomion viittaus direktiivin tarkoitukseen – työntekijöiden aseman turvaamiseen luovutuksessa – varmisti, että luovutuksen käsitteelle annettiin jäsenvaltioissa riittävän laaja tulkinta, jonka avulla voitaisiin varmistaa, että direktiivin soveltamisala ei arvaamattomasti kaventuisi ja samalla riistäisi työntekijöiltä direktiivin heille tarkoittamia oikeuksia.⁷²

2.5.1 EU-tuomioistuimen roolista direktiivin tulkinnan luomisessa

EU-tuomioistuimen velvollisuutena on avustaa kansallisia tuomioistuinta direktiivin määritelmien tulkinnassa ja ymmärtämisessä ja siinä, mitä kriteereitä niiden täytyy käyttää sen arvioinnissa, onko kysymyksessä ollut liikkeen luovutus.⁷³ Jäsenvaltioiden tuomioistuinten tehtävänä puolestaan olisi soveltaa annettuja tulkinnallisia kriteereitä ja suorittaa niiden perusteella arviointi siitä, onko sen tarkasteltavana olevassa asiassa kyseessä liikkeen luovutus.⁷⁴ Liikkeenluovutusdirektiiviin liittyvät oikeudelliset kysymykset tuodaan tavallisesti EU-tuomioistuimen ratkaistavaksi ennakkoratkaisumenettelyn (Lissabonin sopimuksen 267 artikla) välityksellä, joka ymmärretään kansallisen tuomioistuimen ja EU-tuomioistuimen yhteistoiminnan muotona.⁷⁵ Korostaessaan eri faktisten tekijöiden kokonaisharkintaa ja sitä seikkaa, ettei mikään yksittäinen taloudellis- juridinen tekijä ole yksinään ratkaiseva liikkeen luovutuksen toteutumista arvioidessa, EU-tuomioistuin samalla rajaa omaa rooliaan ja siirtää päätösprosessia kansallisten tuomioistuinten suuntaan.⁷⁶ Liikkeenluovutusdirektiivi on ollut yksi kiistanalaisimpia EU:n

⁷¹ Asia C-135/83 Abels, kohdat 11-13. Esimerkiksi Englannissa vuodelta 2006 peräisin olevassa direktiivin implementointia koskevassa lainsäädännössä omaksuttiin poliittisella päätöksellä laaja sääntelymalli. Sääntely – ja siten myös direktiivi – soveltuu ei vain standardiluovutuksiin, joista on säännelty direktiivin artikloissa 1(1)(a) ja (b) vaan myös palveluntarjoajan vaihtamiseen. Barnard 2012 s. 598. Direktiivin implementoinnissa vallitsevista eroista jäsenvaltioissa tarkemmin ks. Sargeant 2007 s. 8-19

⁷² O'Leary 2002 s. 245

⁷³ Tuomioistuin, ja erityisesti sen julkisasiamiehet, ovat usein havainnoineet, että EU-tuomioistuimen rooli perustamissopimuksen 234 artiklan käsittämässä asioissa eroaa kansallisten tuomioistuinten roolista. O'Leary 2002 s. 289

⁷⁴ O'Leary 2002 s. 289. EU-oikeuden tulkinnan ja soveltamisen erottelua koskeva kysymys ei ole uusi eikä ainutlaatuinen, vaan se liittyy selvästi tulkinnan ja tosiasioiden – tai oikeus- ja tosiseikkojen – väliseen suhteeseen, joka on klassinen keskustelunaihe myös kansallisessa oikeudessa. Jos tapaus koskee asiakysymystä, kansallisen tuomioistuimen pitää ratkaista asia hankkimatta ennakkoratkaisua. Bruun – Malmberg 2006 s. 19

⁷⁵ Ennakkoratkaisun pyytämismenettelyn tarkoituksena on ennen kaikkea varmistaa EU-oikeuden oikea soveltaminen ja yhdenmukainen tulkinta kaikissa jäsenmaissa, sekä estää eri maiden oikeuskäytäntöjen erot yhteisöoikeudellisissa kysymyksissä. Ennakkoratkaisuinstituutiolla on myös ollut ratkaiseva merkitys EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta tapahtuneelle oikeuskehitykselle. EU-sopimuksen tarkoituksena on ollut, että EU-oikeuden toteutumista jäsenvaltioissa valvoo ensisijaisesti komissio, lähinnä käyttämällä kanne-oikeuttaan silloin, kun sopimusta on rikottu. Bruun – Malmberg 2006 s. 14

⁷⁶ Paasivirta 2002 s. 482

työoikeudellisista direktiiveistä, ja EU-tuomioistuimien on antanut sen nojalla kaiken kaikkiaan kymmeniä tuomioita, joista osalla on erittäin suuri vaikutus kansallisissa tuomioistuimissa luovutussääntelyn soveltumisarvioinnissa.⁷⁷

2.5.2 EU-tuomioistuimen tulkintakäytännön luomisessa kohtaamista ongelmista

EU-tuomioistuimen on kohdannut ongelmia erityisesti tietyn tyyppisiä yritysjärjestelyjä koskevan soveltamiskäytännön rakentamisessa. Näiden ongelmien on oikeuskirjallisuudessa todettu kulmineoituneen erityisesti kolmeen kysymykseen: 1) direktiivin soveltuminen contracting out-tilanteisiin 2) maksukyvyttömyystilanteisiin ja 3) julkisella sektorilla tapahtuviin yritysjärjestelyihin. Näiden kohdalla tuomioistuin on ollut pakotettu tekemään vaikeita poliittisia valintoja, joiden ytimessä on ollut direktiivin luoma jännitys toisaalta työntekijöiden suojelunäkökohtien ja toisaalta työmarkkinoiden edellyttämän joustavuuden ja yritysmaailman muuttuvassa kilpailuympäristössä edellyttämien vaatimusten myötä.⁷⁸ Se on vuosien mittaan käsitellyt toistuvasti kysymyksiä siitä, pitäisikö luovutuksen käsitettä tulkita laajasti, jolloin sen voisi toteuttaa pelkän toiminnon luovuttaminen vai kapeammin, jolloin sen toteutumiselta edellytettäisiin identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden luovutusta.⁷⁹

2.5.2.1 Toiminto vai identiteettinsä säilyttävä taloudellinen kokonaisuus luovutuksen kohteena?

Luovutuksen kohteen määrittämisessä on EU-tuomioistuimen käytännössä tehtävissä jako aikaan ennen asiassa C-13/95 Süzen annettua ratkaisua ja aikaan sen jälkeen (pre-Süzen ja after-Süzen).⁸⁰ Spijkers-ratkaisussa⁸¹ vuonna 1985 esitettyjen luovutuskohteen identiteetin säilymistä koskevien arviointiperusteiden etu oli ollut se, että ne tarjosivat kansallisille tuomioistuimille, jotka olivat operoineet jo pitkään luovutuksen käsitteen kanssa, laajat mahdollisuudet jatkaa oman oikeuskäytäntönsä soveltamista. Negatiivisina piirteinä ratkaisun tarjoamien suuntaviivojen osalta nähtiin se, että arviointiperusteiden painoarvojen puuttuminen aiheutti ongelmia kansallisissa tuomioistuimissa. Tämä seikka johti myös EU-tuomioistuimen horjumaan kahden Spijkers-kaavan elementin, toiminnan ja taloudellisen kokonaisuuden välillä.⁸² Mainittu jaottelu pohjautui kahteen toisistaan poikkeavaan yrityksen käsitemäärittelyyn, jonka juuret

⁷⁷ Tuomioistuin oli antanut direktiivin täytäntöönpanon vuoksi 31. elokuuta 2006 mennessä 44 tuomiota, joista 40:ssä oli kysymys ennakkoratkaisusta. 30 tuomiossa otettiin kantaa direktiivin soveltamisalaan ja erityisesti luovutuksen käsitteeseen. Direktiivissä 98/50/EY täsmennettiin luovutuksen käsitettä tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella, mikä näytti selvittävän, miksi 17. heinäkuuta 2001 jälkeen (määräaika direktiivin täytäntöönpanolle jäsenvaltioissa) suoritettujen luovutuksien johdosta on annettu tässä kysymyksessä vain yksi tuomio (vuoteen 2007 mennessä). Komission kertomus 2007 s. 2. Ennakkoratkaisupyyntöjen määrä oli siis laskenut direktiivien tarkennusten jälkeen huomattavasti.

⁷⁸ O'Leary 2002 s. 241-242

⁷⁹ Nielsen 2002 s. 65

⁸⁰ Näin esimerkiksi Barnard 2012 s. 591 ja Bowers 2002 s. 404-408. Bowers on lisäksi tarkastellut kysymystä laajalti Englantilaisten tuomioistuinten tuomioiden kannalta. Bowers 2002 s. 408-414

⁸¹ asia C-24/85 Spijkers

⁸² Barnard 2012 s. 592

olivat ranskalaisessa keskustelussa luovutuksen käsitteen laajuudesta. Lähestymistapoja oli kaksi; työoikeudellinen lähestymistapa (*entreprise-activité*) ja kaupallinen lähestymistapa (*entreprise-organisation*).⁸³

2.5.2.2 *Entreprise-activité*- lähtökohta luovutuskohteen määrittäjänä

Ennen Süzen- ratkaisua EU-tuomioistuimella oli tapana käyttää ns. työoikeudellista lähestymistapaa arvioinnissaan keskittyen toiminnan samankaltaisuuteen: Oliko uusi työnantaja ottanut hoitaakseen saman tai samankaltaisen toiminnan kuin sen edeltäjä? Varhaisissa tuomioissaan EU-tuomioistuin keskittyi siis kysymykseen, ”oliko työnantaja astunut toisen kenkiin?” Lähestymistapa oli ennemminkin käytännöllinen kuin juridinen, eikä keskittynyt kysymyksiin omistajuudesta.⁸⁴ Myöhemmin EU-tuomioistuin keskittyi vähemmän työnantajaan ja enemmän luovuttajan ja luovutuksensaajan suorittamien tehtävien samanlaisuuteen. Kysymystä luovutuksen kohteen määräytymisestä lähestyttiin ainoastaan sillä perusteella, *oliko luovutettu toiminta luovutuksensaajalla samanlaista, kuin se oli ollut luovuttajalla*. Jos toiminnot olivat samanlaisia, luovutuksen kohteen identiteetti säilyi.⁸⁵ Lähestymistapa saavutti huippunsa asiassa C-392/92 Schmidt, joka koski siivoustoiminnan ulkoistamista tilanteessa, jossa sitä hoiti ainoastaan yksi työntekijä. Tuomioistuimen mukaan määräävä kriteeri oli se, säilyttiäkö luovutuksen kohde identiteettinsä, mikä osoitti erityisesti *saman toiminnan jatkaminen tai uudelleen aloittaminen uudella työnantajalla*. Tuomioistuin hylkäsi ratkaisussaan Saksan ja Englannin hallitusten näkemykset, joiden mukaan aineellisen omaisuuden siirtymättömyys olisi sulkenut direktiivin soveltumisen pois.⁸⁶ Tarkastelun ratkaisua tarkemmin hieman eri näkökulmasta jäljempänä contracting out- tilanteiden käsittelyn yhteydessä.

2.5.2.3 *Entreprise- organisation*- luovutuskohteen määrittelyn muuttuminen

Merkittävässä ratkaisussaan asiassa C-13/95 Süzen EU-tuomioistuin totesi, että ”pelkästään sen seikan perusteella, että aiemman toimeksisaajan ja uuden toimeksisaajan tarjoama palvelu on samanlainen, ei näin ollen voida päätellä, että kyseessä olisi taloudellisen kokonaisuuden luovutus. Kokonaisuutena ei näet voida pitää pelkästään toimintoa, josta tietty kokonaisuus

⁸³ Barnard 2012 s. 593

⁸⁴ Barnard 2012 s. 593. Kuten EU-tuomioistuin totesi asiassa C-287/86 Ny Mølle Kro, ”direktiivillä pyritään varmistamaan se, että työntekijöiden oikeudet säilyvät mahdollisimman pitkälti ennallaan työnantajan vaihtuessa, antamalla heille mahdollisuus työskennellä uuden työnantajan palveluksessa samoin ehdoin kuin mistä oli sovittu luovuttajan kanssa. Direktiiviä sovelletaan näin ollen silloin, kun yrityksen toiminnasta vastaava luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö vaihtuu sopimukseen perustuvan luovutuksen taikka sulautumisen kautta, ja kyseinen henkilö ottaa näin ollen vastattavakseen työnantajan velvollisuuksista yrityksessä työskentelevien työntekijöiden suhteen, eikä tältä osin ole merkityksellistä, onko omistusoikeutta yritykseen luovutettu. Sellaisen yrityksen työntekijöiden tilanne, jossa liiketoiminnan harjoittaja vaihtuu mutta omistusoikeutta ei luovuteta, voidaan nimittäin rinnastaa luovutetun yrityksen työntekijöiden tilanteeseen. Näin ollen he tarvitsevat samanlaisen suojan.” Asia C-287/86 Ny Mølle Kro, kohta 12

⁸⁵ Barnard 2012 s. 591

⁸⁶ Asia C-392/92 Schmidt, kohta 16

vastaa. Kokonaisuuden identiteetti määräytyy myös muiden seikkojen, kuten sen henkilökunnan, johdon, työn organisoinnin, toimintatapojen tai sen käytössä mahdollisesti olevien tuotantolaitosten perusteella.”⁸⁷ Ratkaisussa tuomioistuin hylkäsi toiminnan samanlaisuutta koskevan testin ja korosti kaupallisemman näkökulman soveltamista keskittyen siihen, oliko luovutuksen kohteena oleva kokonaisuus siirtynyt taloudellisenä kokonaisuutena, riippuen aineellisen tai aineettoman omaisuuden siirtymisestä.⁸⁸

Tulkintalinja on jatkunut vastaavana myös uudemmissa ratkaisuissa. Asiassa C-463/09 Clese EU-tuomioistuin muotoili asian siten, että ”pelkästään sen perusteella, että A:n ja B:n harjoittama toiminta on samankaltaista tai jopa täysin samanlaista, ei voida katsoa, että taloudellinen yksikkö on säilyttänyt identiteettinsä. Näin on siksi, ettei yksikön voida katsoa muodostuvan pelkästään harjoitetusta toiminnasta.”⁸⁹ Työoikeudellisen lähestymistavan perusteella oli todennäköisempää, että kyse oli ollut liikkeen luovutuksesta, mikä onkin yhdenmukaista direktiivin työsuojelullisten lähtökohtien kanssa. Italialaiset ja Saksalaiset tuomioistuimet ovat suosineet kaupallista lähestymistapaa ja myös Ranskalaiset tuomioistuimet enenevässä määrin.⁹⁰ Süzen-ratkaisun taloudellisen kokonaisuuden testi on nykyään tärkein peruste arvioitaessa sitä, onko kyseessä liikkeen luovutus. Sitä on sovellettu enemmän tai vähemmän tiukasti myöhempiin tapauksiin.⁹¹

2.5.3 Ratkaisukäytännön muusta kehityksestä

EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä on havaittavissa hidas mutta selkeä siirtymä sen omien ohjauskriteereiden soveltamiseen sille käsiteltäväksi saatettuihin asioihin.⁹² Eräs syy tälle suuntaukselle on epäilemättä ollut lisääntyvä yksityiskohtien määrä kansallisiin tuomioistuihin tulevissa kysymyksissä, joihin ne ovat joko kykenemättömiä tai haluttomia soveltamaan EU-tuomioistuimen asettamia suuntaviivoja. Mahdollista on myös, että kansallisissa tuomioistuimissa ollaan turhautuneita EU-tuomioistuimen aikaisemmin muotoilemiin arviointiperusteisiin, jotka saatetaan kokea niissä käsittämättömiksi tai suorastaan sopimattomiksi niiden omilla alueilla vallitseviin liikkeen luovutusta koskeviin lainsäädännöllisiin tai oikeudellisiin lähesty-

⁸⁷ Asia C-13/95 Süzen, kohta 15.

⁸⁸ Barnard 2012 s. 593

⁸⁹ Asia C-463/09 Clese, kohta 41

⁹⁰ Barnard 2012 s. 593

⁹¹ Barnard 2012 s. 599

⁹² O’Leary tarkoittaa sitä, että EU-tuomioistuin on soveltanut yhä useammin määrittelemiään ratkaisukriteerejä sille esitettyyn ennakkoratkaisuun ja ratkaissut asian itse. Esimerkiksi asiassa C-172/99 Oy Liikenne AB EU-tuomioistuin esitti ennakkoratkaisua pyytäneelle korkeimmalle oikeudelle, että kyseessä ei ollut liikkeen luovutus. Korkein oikeus esittikin omassa asiaa koskeneessa ratkaisussaan suoraviivaisesti EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisussaan esittämät perustelut. Tapauksissa, joissa kansallinen tuomioistuin saa ennakkoratkaisun pyytämänsä kysymyksen, sen oma liikkumavara asian ratkaisemisessa on huomattavasti kapeampi, kuin silloin kun kyse on muun jäsenvaltion kansallisen tuomioistuimen esittämään ennakkoratkaisupyyntöön annetusta ratkaisusta.

mistapoihin.⁹³ Joka tapauksessa Eurooppalainen auktoriteetti on muodostunut yhä tärkeämmäksi luovutuksen käsitteen kannalta ja on vaikuttanut koko liikkeen luovutuksia koskevaan lähestymistapaan kansallisissa tuomioistuimissa.⁹⁴ Luovutuksen tunnistamisessa on viime sijassa kyse tiettyyn taloudellisesti-juridiseen kokonaisuuteen kuuluvien tilanteiden tunnistamisesta ja hahmottamisesta, ja tuomioistuimen käytännössä syntyneen testin ja käsitteistön avulla on pyritty lisäämään ennakoitavuutta.⁹⁵

2.6 Vuoden 1970 työsopimuslaki ja direktiivin 77/187/ETY voimaantulo Suomessa

Vuoden 1970 työsopimuslain 1:7.2 :n mukaan:

Työnantajan liikettä luovutettaessa siirtyvät hänen oikeutensa ja velvollisuutensa välittömästi liikkeen uudelle omistajalle. Kuitenkaan ei tämä vastaa työntekijän palkka- tai muusta työsuhteeseen perustuvasta saamisesta, joka on eräänntynyt ennen luovutusta. Ir-tisanomisoikeudesta tällaisessa tapauksessa säädetään 40 §:ssä.

Säännöksessä ei ollut avattu luovutuksen käsitettä lainkaan, ja sen perusteella monet tulkintavaihtoehdot olivat mahdollisia, mikä ainakin osittain lisäsi luovutuksen tunnistamista koskeneita riitoja.⁹⁶ Vuoden 1970 työsopimuslain 7§:n mukaan työsopimukset siirtyivät automaattisesti luovuttajalle liikkeen luovutuksen yhteydessä. Liikkeenluovutusdirektiivi tuli Suomessa voimaan vuoden 1970 työsopimuslain ollessa voimassa, ja se aiheutti joitakin muutoksia kansalliseen sääntelyyn, vaikka kotimainen sääntely olikin pääosin direktiivin mukaista jo aikaisemmin.

2.6.1 Direktiivin täytäntöönpano Suomessa

Liikkeenluovutusdirektiivi 77/187/ETY pantiin täytäntöön Suomessa vuonna 1992 Euroopan talousalueesta tehdyn sopimuksen vuoksi muuttamalla vuoden 1970 työsopimuslakia.⁹⁷ Muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä todettiin, että direktiivin tekniset määritelmät luovuttajasta, luovutuksensaajasta ja työntekijöiden edustajista eivät ole ristiriidassa Suomen lain-

⁹³ O'Leary 2002 s. 249-250

⁹⁴ Bowers 2002 s. 404

⁹⁵ Lainsäätäjän näkökulmasta tuomioistuin on tässä onnistunut, ottaen huomioon, että sen metodologia luovutusten tunnistamisessa on kirjattu direktiiviin. Paasivirta 2002 s. 476

⁹⁶ Koskinen – Linderborg – Mäki – Nyman – Vehtola 2002 s. 448

⁹⁷ Teknisesti EY:n lainsäädäntö sisällytettiin ETA-sopimukseen niin sanotulla viittaustekniikalla. Sopimuksen liitteissä lueteltiin ne EY:n asetukset, direktiivit ja päätökset, jotka olivat osa sopimusta ja jotka EFTA-valtioiden tuli saattaa voimaan ja panna täytäntöön. Alkuperäisessä muodossaan ETA-sopimus käsitti n. 110 EY-asetusta, n. 1000 EY-direktiiviä ja n. 110 EY-päätöstä sekä kolmisensataa oikeudellisesti ei-sitovaa EY-säädöstä. Näiden yhteinen sivumäärä EY:n virallisessa lehdessä oli yhteensä n. 9 000. Suomessa sopeutuminen ETA-sopimukseen aloitettiin määrätietoisesti vuonna 1989, jolloin oikeusministeriö antoi kaikille ministeriöille osoitetun yleisohjeen EY:n lainsäädännön huomioon ottamisesta lainvalmistelussa, mikäli erityisiä syitä siitä poikkeamiselle ei ollut. ETA-neuvottelujen aikana harmonisointi muuttui systemaattiseksi. ETA-sopimuksesta johtuvat lainmuutokset valmisteltiin ja saatettiin pääosin voimaan jo neuvottelujen kuluessa tai niiden päättymisen ja sopimuksen voimaantulon välillä. Jääskinen 2001 s. 607

säädännön kanssa.⁹⁸ Direktiivi edellytti kuitenkin työsopimuslain muuttamista siltä osin, kuin se koski luovuttajan ja luovutuksensaajan vastuiden jakautumista liikkeenluovutustilanteessa.⁹⁹ Suomessa ETA-sopimuksen voimaantulo 1.1.1994 määrittää liikkeenluovutusdirektiivien ja toisaalta EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisujen tulkintavaikutuksen alkamisajankohdan kansallisissa tuomioistuimissa.¹⁰⁰ Liikkeenluovutusdirektiiville ja EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisuille ei voida antaa tulkintavaikutusta taannehtivasti, vaan arvioinnissa on sovellettava tapahtumahetkellä voimassa ollutta oikeutta.¹⁰¹

2.6.2 Direktiivin voimaantulon vaikutuksista kotimaisissa tuomioistuimissa

Korkein oikeus hyväksyi liikkeen luovutuksen yhteydessä direktiivin tulkintavaikutuksen ensimmäisen kerran vasta tuomiossa KKO 1997:105.¹⁰² Ensimmäisiä korkeimman oikeuden ratkaisuja, jossa viitattiin direktiivin tulkintavaikutukseen, oli ratkaisu KKO 1999:69.¹⁰³

Asiassa KKO 1999:48a, joka koski ennakkoratkaisun pyytämistä EU-tuomioistuimelta, korkein oikeus tarkasteli liikkeen luovutuksen käsitteen sisältöä: ”Työsopimuslain on Suomessa siihen vuonna 1993 tehtyjen muutosten valmistelun yhteydessä katsottu täyttävän Euroopan yhteisöjen neuvoston liikkeen luovutusta koskevan direktiivin (77/187/ETY) mukaiset velvoitteet. - - Oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on ennen EY-oikeuden voimaantuloa pidetty olennaisina tunnusmerkkeinä seuraavia seikkoja: onko luovutuksen kohteena toiminnallinen kokonaisuus, onko omaisuutta siirtynyt, jatkaako luovutuksensaaja samaa tai samanlaista toimintaa, jatkuuko toiminta viivytyksettä sekä onko luovuttajan ja luovutuksensaajan välillä ollut luovutusta koskeva sopimus tai ainakin yhteisymmärrys. Tulkintaan on saattanut vaikuttaa myös se, onko henkilöstöä siirty-

⁹⁸ HE 109/1992 s. 2

⁹⁹ Aikaisemmin luovutuksensaaja ei ollut vastuussa ennen luovutusta erääntyneistä työntekijöiden saatavista. Liikkeen luovutuksen määritelmä direktiivissä oli kuitenkin laajalti suomalaisessa sääntelyssä tarkoitettua liikkeen luovutusta vastaava, eikä siitä aiheutunut ongelmia direktiivin implementoinnille. Bruun 2003 s. 13 ja alaviite 20

¹⁰⁰ Asia on todettu ainakin ratkaisussa KKO 1999:69, jossa myös katsottiin ratkaisevaksi ajankohdaksi direktiivin soveltamiselle työntekijän irtisanomisen tapahtumahetki. Eri asia on, että direktiiveillä ja ennakkoratkaisulla on ollut oma vaikutuksensa liikkeenluovutusta koskevan kotimaisen säännöksen tulkinnassa jo ennen tätä.

¹⁰¹ Esimerkiksi Helsingin hovioikeuden ratkaisussa 25.3.1997 S 96/1756 (lainv.) oli kysymys työntekijän irtisanomisesta tuotannollisilla ja taloudellisilla syillä. Tapauksessa yritys oli tehnyt sopimuksen alihankintaan siirtymisestä 1.9.1993 ja työntekijä oli irtisanottu vuonna 1994. Direktiiviä ei sovellettu, koska alihankintaan siirtyminen oli tapahtunut ennen 1.1.1994 eli ennen ETA-sopimuksen voimaantuloa. Ks. Koskinen – Linderborg – Mäki – Nyman – Veihola 2002 s. 434

¹⁰² Siinä korkein oikeus ei tosin itse lausunut asiasta mitään, vaan hyväksyi alempien oikeusasteiden perustelut.

¹⁰³ Ratkaisussa korkein oikeus totesi, että ”liikkeen luovutuksen toteutumista harkittaessa on otettava huomioon se, miten Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut liikkeen luovutusta koskevassa direktiivissä (77/187/ETY) tarkoitettua ”yrityksen, liikkeen tai liikkeen osan” käsitettä. Direktiivin tulkintakäytäntö on otettava huomioon, koska A:n irtisanominen eli työntekijän kannalta merkityksellisin seikka on tapahtunut sen jälkeen, kun Suomi oli solminut Euroopan talousalueesta tehdyn sopimuksen, jolloin EY-oikeus oli tullut noudatettavaksi, vaikkakin vienninedistämis toiminnan siirtäminen on tapahtunut ennen valtion liittymistä mainittuun sopimukseen. - - Kyseessä on ollut liikkeen luovutus, mikäli vienninedistämis toiminnan voidaan katsoa muodostavan myös sellaisen taloudellisen kokonaisuuden, joka voi olla liikkeen luovutuksen kohteena. Tätä harkittaessa on otettava huomioon se, miten Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut liikkeen luovutusta koskevassa direktiivissä (77/187/ETY) tarkoitettua ”yrityksen, liikkeen tai liikkeen osan” käsitettä.”

nyt. - - liikkeen luovutusta koskevan direktiivin 1 artiklan 1 kohta on monessa suhteessa tulkinnanvarainen, vaikka otetaan huomioon Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut ja niiden perusteluista ilmenevät näkökohdat. Kysymys jää epäselväksi etenkin sellaisissa tapauksissa, joissa liiketoiminnan tai sen osan siirtyminen ei perustu osapuolten väliseen sopimukseen ja jossa siirtymiseen ei liity liikeomaisuuden luovutusta. - - Asiaa harkitessaan Korkein oikeus on huomionut liikkeen luovutusta koskevasta direktiivistä ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevät pyrkimykset suojata työntekijöitä erilaisissa työnantajajärytyksen luovutustapauksissa.”

Mainitun ennakkoratkaisupyynnön kohteena ollut asia ratkaistiin tuomiolla KKO 2001:44.¹⁰⁴ Seuraavan kerran korkein oikeus viittasi liikkeenluovutusdirektiiviin ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön peräkkäisissä tuomioissaan KKO 2001:48 ja KKO 2001:49. Vaikka niissä, samalla tavoin kuin tuomiossa KKO 2001:44, viitattiin EU-tuomioistuimen ratkaisuihin, niiden huomioon ottamisen tapa oli kuitenkin selkeästi erilainen. Tämä johtuu siitä, että korkeimmalla oikeudella ei ollut ratkaisussa 2001:44 juurikaan mahdollisuuksia päätyä poikkeavaan päätelmään, koska sitä koskevassa ennakkoratkaisussaan EU-tuomioistuin esitti myös asian lopputuloksen.¹⁰⁵ Tämän tuomion jälkeen korkein oikeus onkin palannut perinteiseen kokonaisarviointiin.¹⁰⁶ Uudempia korkeimman oikeuden liikkeenluovutusratkaisuja tarkasteltaessa käytäntönä näyttäisikin olevan, että tietyt EU-tuomioistuimen antamat, liikkeen luovutuksen tunnistamisen kannalta keskeiset ratkaisut ja niihin sisältyvät luovutuksen tunnistamista koskevat ratkaisukriteerit kirjoitetaan säännönmukaisesti auki ratkaisujen perusteluihin *esittäen siten ne tulkintaperusteet, joihin kotimaisen järjestelyn kasuistinen arviointi perustetaan*.¹⁰⁷ Vuoden 2001 työsopimuslain voimaantulon jälkeen voidaan mielestäni perustellusti sanoa, että suuntaus on

¹⁰⁴ Sen jälkeen, kun korkein oikeus pyysi ennakkoratkaisun mainitussa asiassa, ennakkoratkaisupyynnöt ovat käytännössä poistuneet hovioikeustasolta kokonaan. Ennen sitä oli tavallista, että jompikumpi riidan osapuolista pyysi hovioikeutta hankkimaan ennakkoratkaisun EU-tuomioistuimelta. Hovioikeudet katsoivat kaikissa ratkaisuissaan, että tarvetta ennakkoratkaisun pyytämiseen ei ole, koska liikkeenluovutusdirektiivin tulkintaa koskevat aikaisemmat yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisut olivat sille riittävä tulkinta-apu. Koskinen – Linderborg – Mäki – Nyman – Vehtola 2002 s. 451-452

¹⁰⁵ Ratkaisun on katsottu ilmentäneen kansallisen tuomioistuimen vähäistä harkintavaltaa, mikäli EU-tuomioistuin esittää asiassa selkeät arviointikriteerit. Tavallisesti se on vain esittänyt niitä seikkoja, joita kansallisen tuomioistuimen on lopullisessa päätöksessään otettava huomioon ja jättänyt niiden yhteensovittamisen tämän tehtäväksi. Koskinen – Linderborg – Mäki – Nyman – Vehtola 2002 s. 453-454

¹⁰⁶ Koskinen – Linderborg – Mäki – Nyman – Vehtola 2002 s. 450

¹⁰⁷ Uusimmat korkeimman oikeuden liikkeen luovutusta koskevien ratkaisujen perustelut sisältävät poikkeuksetta viittauksia tiettyihin EU-tuomioistuimen ratkaisuihin numeroineen ja niihin sisältyvine arviointikriteereineen, joiden perusteella korkein oikeus arvioi kotimaista yritysjärjestelyä. Mielestäni mallia voidaan pitää perusteltuna liikkeenluovutussääntelyn tavoitteiden näkökulmasta, koska näin *tulkintaperusteet ovat samanlaiset sekä EU-tasolla että Suomessa*, mutta kotimaisille tuomioistuimille jää liikkumavaraa yritysjärjestelyn kohteen ominaisuuksia koskevassa arvioinnissa. Korkeimman oikeuden ratkaisuperusteiden voimakas kytkeytyminen EU-tuomioistuimen liikkeenluovutuksen käsitetulkintaa koskeviin ratkaisuihin tukee työsopimuslain esitöissä esitettyä tavoitetta, jonka mukaan tarkoitus on, että liikkeen luovutuksen määritelmä työsopimuslaissa vastaa liikkeenluovutusdirektiiviä. HE 157/2000 s.65. Asia on muotoiltu hallituksen esityksessä mielestäni hieman kryptisesti toteamalla, että tarkoitus on, että työsopimuslain liikkeenluovutusta koskeva säännös vastaa direktiiviä, vaikka ne poikkeavat sanamuodoltaan. Liikkeen luovutuksen käsite Suomessa on siis jo työsopimuslain perustelutasolla kytkeytyvä vahvasti liikkeenluovutusdirektiiviin ja sitä kautta Eurooppa-oikeudellisiin tulkintalahteisiin.

kulkenut ensin EU-oikeuden laajemman huomioon ottamisen kautta entistä puhtaammin kohti ratkaisuja, joissa EU-oikeus muodostaa ainoan luovutuksen tunnistamista koskevan kokonais-arvioon perustuvan argumentointiperusteen.¹⁰⁸ Korkeimman oikeuden käytäntöä tarkasteltaessa on syytä tähdentää, että korkeimman oikeuden 1990-luvun loppupuolella käsittelemät tapaukset usein koskeneet aikaa ennen kuin liikkeenluovutusdirektiivistä oli tullut osa Suomen oikeutta. Tapauksissa, jotka ajoittuvat 1.1.1994 jälkeiseen aikaan, tuomioistuin viittaa systemaattisesti direktiiviin ja sen tulkintavaikutukseen.¹⁰⁹ Samoin toimivat myös alemmat oikeusasteet.¹¹⁰

2.7 Vuoden 2001 työsopimuslaki

Voimassa oleva työsopimuslaki (55/2001) tuli voimaan 1 päivänä kesäkuuta 2001, ja sillä kumottiin vuoden 1970 työsopimuslaki. Sen 1 luvun 10§:n mukaan:

Työnantajan liikkeen luovutuksella tarkoitetaan yrityksen, liikkeen, yhteisön tai säätiön tai näiden toiminnallisen osan luovuttamista toiselle työnantajalle, jos luovutettava, päättää sivutoimisena harjoitettu liike tai sen osa pysyy luovutuksen jälkeen samana tai samankaltaisena.

Säännös on työsopimuslain 13:6:n mukaisesti pakottava, eli siitä ei voida työsopimuksella tai työehtosopimuksella sopia toisin. Se merkitsee näin ollen poikkeusta pääsääntöön, jonka mukaan työnantaja tai työntekijä eivät saa työsopimuksesta johtuvien oikeuksien ja velvollisuuksien henkilökohtaisen luonteen takia siirtää niitä kolmannelle ilman toisen sopijapuolen suostumusta. Työsopimuslain liikkeen luovutuksen määritelmän on oikeuskirjallisuudessa esitetty perustuvan käytännössä täysin liikkeenluovutusdirektiivin mukaiseen määritelmään.¹¹¹ Näin varmasti pitkälti voidaan sanoa olevankin, mutta ottaisin kuitenkin merkittävänä poikkeuksena huomioon sulautumista koskevan eroavaisuuden direktiivin sanamuodon ja Suomessa vallitsevan sitä koskevan kysymyksenasettelun välillä. Siitä huolimatta liikkeen luovutuksen toteutu-

¹⁰⁸ Paasivirta on tyypitellyt korkeimman oikeuden liikkeenluovutustuomioiden perusteluihin sisältyviä ”argumentointitapoja” jakamalla ne kolmeen ryhmään. Ensimmäisessä ryhmässä lähinnä vain kuvataan EU-oikeuden sisältöä siihen varsinaisesti vetoamatta. Joissakin tilanteissa EU-oikeus on kotimaisen oikeuden rinnalla argumentointilähteenä, mutta useimmissa korkeimman oikeuden tuomiossa EU-oikeus on kuitenkin ollut ainoa argumentointiperuste. Paasivirta 2002 s. 478

¹⁰⁹ Näin esimerkiksi ratkaisuissa KKO 1999:48a, KKO 1999:69, KKO 1999:70, KKO 1999:71, KKO 2000:7, KKO 2001:12, KKO 2001:44, KKO 2001:48, KKO 2001:49, KKO 2001:72 ja KKO 2002:54

¹¹⁰ Bruun – Malmberg 2006 s. 12

¹¹¹ Rautiainen - Äimälä 2007 s. 124. Ks. myös Kairinen 2009 s. 286, jonka mukaan ”Näyttää siltä, että ainakaan KKO:n ja EYT:n tulkintalinjojen välillä ei enää olisi eroja tässä kysymyksessä”. ”Direktiivin mukainen määritelmä” on ymmärrettävä tässä yhteydessä laajasti sisällyttäen siihen esimerkiksi EU-tuomioistuimen direktiiviä koskeva tulkintakäytäntö. Pelkästään direktiivin sanamuodosta on mahdotonta tehdä syvällisempää tulkintaa sen sisällöstä. Kairinen kritisoi nähdäkseni melkoisen voimakkaasti tuomioistuinten perustelukäytännössä tapahtunutta muutosta varhaisemmassa tuotannossaan, joka ajoittui aikaan ennen liikkeen luovutuksen käsitteen kirjoittamista työsopimuslakiin vuonna 2001.

mista korkeimmassa oikeudessa arvioitaessa direktiivillä ja etenkin tietyillä sen tulkintaa koskevilla EU-tuomioistuimen ratkaisulla on nykyään erittäin suuri merkitys liikkeen luovutuksen tunnistamista koskevien ratkaisujen *arviointiperusteiden muodostajina*. Työsopimuslain voimassa olevan liikkeenluovutussäännöksen arvioinnissa erittäin merkittävässä roolissa ovatkin tietyt EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisut.

2.8 Liikkeenluovutusdirektiivi vähimmäisdirektiivinä

Liikkeenluovutusdirektiivi on ns. vähimmäisdirektiivi. EU:n jäsenvaltioilla on sen 8 artiklan mukaan oikeus soveltaa tai ottaa käyttöön työntekijälle edullisempia lakeja, asetuksia tai hallinnollisia määräyksiä sekä sallia työntekijälle edullisempien työehtosopimusten tai työmarkkinaosapuolten välisten sopimusten soveltaminen ja edistää niiden soveltamista. Vaikka jäsenvaltiot eivät käyttäisi hyväkseen mahdollisuutta direktiivin vähimmäistasoisen suojan parantamiseen, niiden on kuitenkin implementoitava direktiivin vähimmäistaso joko lain tai muiden säännösten, kuten työehtosopimusten kautta.¹¹² Tämä toinen mahdollisuus oli peräisin direktiivin 98/50 2(1) artiklasta, joka salli työnantajien ja työntekijöiden edustajien esitellä vaaditut edellytykset ”sopimuksen keinoin”, vaikkakin jäsenvaltioille jäi vastuu sen varmistamisesta, että kaikille työntekijöille oli tarjolla direktiivin tarjoama täysi suoja.¹¹³ Jos vähimmäistasoa suojelemaa kansallista sääntelyä on olemassa, pelkkä liikkeenluovutusdirektiiviä koskevan oikeuskäytännön selvittäminen ei välttämättä anna vastausta siihen, miten direktiiviä on tulkittava. Tulkintaperusteita olisi haettava myös jäsenyyttä edeltävästä työntekijälle edullisemmasta kansallisesta oikeuskäytännöstä.¹¹⁴

2.8.1 Mitä vähimmäisdirektiiviluonne merkitsee käytännössä?

Liikkeenluovutusdirektiivin vähimmäisdirektiiviominaisuus on tuotu oikeuskirjallisuudessa esiin useiden kirjoittajien toimesta ja yleisesti on todettu, että aikaisempi, työntekijöille edullisempi käytäntö *pitäisi* ottaa huomioon myös direktiivin Suomea velvoittavaksi tulemisen jälkeen.¹¹⁵ Kysymystä koskevaa sisältöanalyysiä ei ole kuitenkaan ilmeisesti tehty lainkaan eli selvitetty sitä, mitä tällaiset ”työntekijälle edullisemmat käytännöt” olisivat ja onko sellaisia ylipäänsä olemassa.¹¹⁶ Kohdistan tarkastelun vähimmäisdirektiiviluonteen osalta myös työsopimus-

¹¹² Barnard 2012 s. 625

¹¹³ Barnard 2012 s. 625. Voimassa olevassa direktiivissä 2001/23 vastaavaa säännöstä ei ole.

¹¹⁴ mm. Tiitinen – Kröger 2008 s.322, jossa todetaan, että ”TSL 1:10:n tulkinnassa tulee ottaa huomioon myös Suomen aikaisempi kansallinen oikeuskäytäntö niiltä osin, kun se on työntekijälle direktiivin säännöksiä edullisempi, koska direktiivillä on turvattu ainoastaan vähimmäisehdot.”

¹¹⁵ Tiitinen – Kröger 2008 s.322

¹¹⁶ Ainakin teoreettisesti tarkastellen on mahdollista, että järjestely tai oikeus, jota direktiivin mukaan ei nykyään pidettäisi liikkeen luovutuksena tai luovutuksensaajan vastattavaksi kuuluvana työntekijän oikeutena, on ennen EU-oikeuden Suomea velvoittavaksi tulemistä sellaiseksi katsottu ja pitäisi ottaa huomioon myös nykyään asiaa ratkaistaessa.

lain 1:10.2 :n tulkintaan korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä.¹¹⁷ Kysymys kuuluu, onko kotimaisessa oikeuskäytännössä perusteltu mitään liikkeen luovutusta koskevaa ratkaisua sillä perusteella, että tulkintakäytäntö on ollut ennen EU-tasoisin liikkeenluovutussääntelyn velvoittavaksi tuloa ”väljempää”¹¹⁸ kuin ennen jäsenyyttä? Väljemmyyden arvioinnin tässä yhteydessä tekee hankalaksi liikkeenluovutussääntelyn avoimuus eli se, että mitään tiukkoja arviointikriteereitä ei ole ollut olemassa. Ratkaisujen lopputulos riippuu usein arvioitavan tapauksen kasuistisista erityispiirteistä, jotka eivät liene käytännössä koskaan yhteismitallisia yritysjärjestelyjä vertailtaessa. Toinen vähimmäisdirektiiviluonteiden arviointiin hankaluuksia aiheuttava tekijä on se jo mainittu seikka, että EU-oikeutta on käytetty hyväksi erilaisia yritysjärjestelyjä ja niiden liikkeenluovutusluonnosta arvioitaessa jo ennen Suomen jäsenyyttä ETA:ssa ja EU:ssa. Sen takia perustelujen esittäminen sille, että tietty yritysjärjestely pitäisi vähimmäisdirektiiviluonteiden takia katsoa liikkeen luovutukseksi, voi osoittautua mahdottomaksi.

2.8.2 Onko vähimmäisdirektiiviluonteella merkitystä työsopimuslain liikkeenluovutussäännöksen tulkinnassa?

Korkein oikeus on antanut 1.1.1994¹¹⁹ jälkeen 7.2.2013 asti yli 20 liikkeen luovutusta muodossa tai toisessa koskevaa ratkaisua. Osassa näitä tapauksia on kysymys luovutuksen tunnistamisesta ja osassa oikeuksien siirtymisestä ja niihin liittyvistä kysymyksistä liikkeen luovutuksen yhteydessä. Mainitun ajankohdan jälkeen sitä edeltävä työntekijälle edullisempi käytäntö pitäisi ottaa huomioon vähimmäisdirektiiviluonteiden perusteella liikkeenluovutussäännöksen sisältöä tulkittaessa. Korkeimman oikeuden liikkeen luovutuksia koskevien ratkaisujen perusteluissa vähimmäisluonteiden olemassaolo todetaan niiden liikkeenluovutusratkaisujen perusteluissa, jotka on annettu 1.1.1994 jälkeen, ainoastaan yhden kerran.

Kyseessä oleva ratkaisu on KKO 2009:83, joka koski luovutuksensaajan vastuuta työnantajan järjestämästä lisäeläketurvasta. Sen perusteluissa korkein oikeus toteaa, että ”Mainitun 3 artiklan 4 a kohdasta ilmenee, että jolleivät jäsenvaltiot toisin säädä, 1 kohta ei koske työntekijöiden oikeuksia jäsenvaltion lakisääteiseen sosiaaliturvajärjestelmään kuulumattomien, yhtiön tai saman toimialan yhtiöiden yhteisen lisäeläkejärjestelmän mukaisiin

¹¹⁷ Säännöksen mukaan ”liikkeen luovutuksessa työnantajan luovutushetkellä voimassa olevista työsuhteista johtuvat oikeudet ja velvollisuudet sekä niihin liittyvät työsuhte-etuudet siirtyvät liikkeen uudelle omistajalle tai haltijalle. Ennen luovutusta erääntyneestä työntekijän palkka- tai muusta työsuhteesta johtuvasta saatavasta vastaavat luovuttaja ja luovutuksensaaja yhteisvastuullisesti. Luovuttaja on kuitenkin luovutuksensaajalle vastuussa ennen luovutusta erääntyneestä työntekijän saatavasta, jollei muuta ole sovittu.”

¹¹⁸ Luonnollisena oletuksena pidän tässä sitä, että yritysjärjestelyn katsominen liikkeen luovutukseksi on työntekijän kannalta edullisempaa kuin esimerkiksi sen katsominen liikkeen lopetuksiksi.

¹¹⁹ Tuolloin liikkeen luovutusta koskeva EU-tasoinen sääntely tuli Suomea velvoittavaksi. Kohdistan tässä yhteydessä tarkastelun mainitun ajankohdan jälkeen annettuihin, korkeimman oikeuden liikkeen luovutusta koskevien tuomioiden perusteluihin sen osalta, onko niissä vedottu vähimmäisdirektiiviluonteeseen ratkaisujen tukena.

vanhuus-, työkyvyttömyys- tai perhe-etuuksiin.¹²⁰ - - Liikkeenluovutusdirektiivi ei siten edellytä, että luovutuksensaaja pelkästään liikkeen luovutuksen perusteella tulisi vastuuseen luovuttajan työntekijöilleen järjestämästä lakisääteisen sosiaaliturvajärjestelmän ulkopuolisesta eli vapaaehtoisesta eläketurvasta. Toisaalta, *koska 8 artiklasta ilmenevin tavoin on kysymyksessä niin sanottu vähimmäisdirektiivi, josta ei johdu estettä työntekijöiden edut paremmin turvaavalle kansalliselle lainsäädännölle, kysymys lisäeläketurvan asemasta liikkeen luovutuksessa määräytyy sen mukaan, mitä työ sopimuslaista tältä osin seuraa.* Näin ollen A:n lisäeläketurvan mukaisten etuuksien siirtymisen kannalta on ratkaisevaa, onko kysymys sellaisesta työsuhteesta johtuvasta työnantajan velvollisuudesta, joka on siirtynyt B:n vastattavaksi suoraan työ sopimuslain 1 luvun 10 §:n 2 momentin (55/2001) perusteella.”¹²¹

Ratkaisussa korkein oikeus siis ainoastaan totesi, että vähimmäisdirektiiviluonteesta ei aiheudu esteitä säätää kansallisella tasolla työntekijöille direktiivin turvaamia parempia etuja ja toteaa lisäeläketurvan aseman arvioinnin määräytyvän työ sopimuslain mukaisesti. Kysymys ei ollut liikkeen luovutuksen tunnistamisesta vaan luovutuksen seurauksista ja vastaanottajan työntekijöihin kohdistuvan vastuun laajuudesta. Lisäeläketurvaa koskeva kysymyksenasettelu on ollut ristiriitainen korkeimman oikeuden käytännössä. Vastaavaa kysymystä lisäeläketurvan siirtymisestä vastaanottajalle oli käsitelty korkeimmassa oikeudessa jo aikaisemmin ratkaisussa KKO 2001:72, jossa korkein oikeus katsoi, että vastaanottaja ei joutunut vastuuseen lisäeläkkeistä.¹²² Kyseinen ratkaisu herätti runsaasti kritiikkiä ja johti työ sopimuslain 1 luvun 10 §:n 2 momentin muuttamiseen lailla 943/2002. 1.12.2002 voimaan tullut lisäys merkitsi sitä, että työntekijöiden oikeus lisäeläkkeeseen siirtyi liikkeen luovutuksen yhteydessä vastaanottajalle jatkossa työ sopimuslain perusteella.¹²³ Nykyisin vapaaehtoiset lisäeläkkeet ovat kyseisen säännöksen mukaisesti samassa asemassa kuin muutkin työsuhteen ehdot. Siksi yllä mainitussa ratkaisussa KKO

¹²⁰ Kyseistä direktiivin kohtaa on sen tarkoitus huomioon ottaen (työntekijöiden suojaaminen nopeissa taloudellisissa ja teknisissä muutostilanteissa) pidetty epävarmuustekijöitä aiheuttavana. O’Leary 2002 s. 243 ja alaviite 9.

¹²¹ Liikkeenluovutusdirektiivin 3 artiklan 4. a)- kohdassa säädetään, että ”Jolleivät jäsenvaltiot toisin säädä, 1 ja 3 kohta ei koske työntekijöiden oikeuksia jäsenvaltion lakisääteiseen sosiaaliturvajärjestelmään kuulumattomiin, yhtiön tai saman toimialan yhtiöiden yhteisen lisäeläkejärjestelmän mukaisiin vanhuus-, työkyvyttömyys- tai perhe-etuuksiin.” Lisäeläketurvan automaattista siirtymättömyyttä koskeva poikkeussäännös ilmentää sitä tosiasiaa, että EU:n jäsenvaltioissa on olemassa varsin eri tavoin toteutettuja lisäeläkejärjestelmiä, eikä niiden suhteen haluttu asettaa tässä suhteessa yhdenmukaista sääntöä. Kysymys on näin ollen jätetty kansallisen oikeuden mukaan ratkaistavaksi ja tällöin jäsenvaltioissa voidaan päätyä erilaisiin lopputuloksiin. Paasivirta 2002 s. 481 ja HE 92/2002 s.3

¹²² Korkein oikeus totesi ratkaisussa, että ”esitöiden perusteella on päädyttävä siihen, ettei Suomessa ole tarkoitettu direktiivin tarkoittamasta tasosta poiketen säätää liikkeen luovutuksensaajalle vastuuta vapaaehtoisesta lisäeläketurvasta. - - Työ sopimuslaki on saatettu vastaamaan mainittua liikkeen luovutusta koskevaa direktiiviä hovioikeuden mainitseman hallituksen esityksen (HE 109/1992) mukaisesti. Hallituksen esityksen perusteluista ilmenee, että tarkoituksena on ollut direktiivin vähimmäistason toteuttaminen Suomen työ lainsäädännössä. Kun esityksessä on lisäksi hovioikeuden mainitsemin tavoin nimenomaisesti todettu, että direktiivin mukaan yrityskohtaiset lisäeläkkeet eivät liikkeen luovutuksessa siirry luovutuksensaajalle, esitöiden perusteella on päädyttävä siihen, ettei Suomessa ole tarkoitettu direktiivin tarkoittamasta tasosta poiketen säätää liikkeen luovutuksensaajalle vastuuta luovuttajan työntekijälleen järjestämästä vapaaehtoisesta lisäeläketurvasta.”

¹²³ Bruun on tarkastellut ratkaisua tarkemmin muun muassa liikkeenluovutusdirektiivin implementoinnin näkökulmasta. Bruun 2001 s. 553-557

2009:83 korkein oikeus muutetun säännöksen ja sen esitöiden perusteella katsoi, että vastuu lisäeläkevakuutuksen mukaisista etuuksista oli työsopimuslain 1 luvun 10 §:n 2 momentin (55/2001) nojalla siirtynyt liikkeen luovutuksessa luovutuksensaajan vastattavaksi.

2.8.3 Onko kotimainen käytäntö ”vähimmäistasoista” vai laajempaa?

Edellä mainitsemieni seikkojen takia on mielestäni perusteltua esittää, että Suomessa vallitseva liikkeenluovutussääntelyn tulkintakäytäntö *liikkeen luovutuksen tunnistamisen osalta* ei olisi direktiivien määrittämää vähimmäistasoa laajempaa. Missään ratkaisussa ei ole vedottu direktiivin määrittämää tasoa laajempaan sääntelyn soveltamisalaan, vaan päinvastoin, tuomioistuinten ratkaisujen perusteluissa vedotaan käytännössä aina (ainoastaan) direktiivin EU-tuomioistuimen soveltamiskäytännössä muotoutuneisiin arviointiperusteisiin. Edellisestä voidaan nähdäkseni vetää kaksi johtopäätöstä. Joko voitaisiin todeta, olettaen että tuomioistuin on huomionnut vähimmäisdirektiiviominaisuuden ratkaisua tehdessään, että mitään ”lievempää” käytäntöä, joka sen pitäisi ratkaisua tehdessään huomioida, ei ole olemassa. Jos näin on, siihen vaikuttavina tekijöinä voitaneen arvioida olevan muun muassa se, että liikkeen luovutuksen käsitteen puuttuminen on ohjannut tulkintaperusteita ”EU-oikeuden lähteille” jo ennen sen Suomea velvoittavaksi tuloa johtuen esimerkiksi liikkeen luovutuksen käsitteen puuttumisesta vanhasta työsopimuslaista, ja sen takia aikaisemman käytännön työntekijälle edullisemmuuden osoittaminen voi olla mahdotonta. Toinen vaihtoehto on se, että EU-oikeus on ”syrjäyttänyt” sellaiset kansalliset tulkintaperusteet, jotka pitäisi vähimmäisdirektiiviperusteella huomioida kotimaista liikkeen luovutusta koskevaa sääntelyä tulkittaessa ja sen soveltumista yritysjärjestykseen arvioitaessa. Sen sijaan, luovutuksen mukana luovutuksensaajan vastuulle siirtyvien oikeuksien osalta voidaan todeta, että lisäeläketurvaa koskeva sääntely ja siihen perustuva ratkaisukäytäntö tarkoittaa sitä, että työntekijöiden suojan laajuus on laajempaa, kuin mitä EU-sääntely edellyttäisi.¹²⁴ Lisäeläketurva siirtyy luovutuksensaajan vastattavaksi, vaikka direktiivin sääntely ei tätä edellytä.¹²⁵ Vähimmäistasoa parempaa suojaa tarkoittaa tosiasiallisesti myös se, että työsopimuslain 1:10.2:ssa on direktiivin sallimalla tavalla säädetty, että luovuttaja ja luovutuksensaaja ovat luovutuspäivän jälkeen yhdessä vastuussa luovutuspäivänä voimassa olleesta työsopimuksesta tai työsuhteesta johtuvista velvoitteista, jotka ovat syntyneet ennen luovutuspäivää.¹²⁶

¹²⁴ “employees who are transferred to a new employer when a relevant transfer takes place. This means that employees employed by the previous employer (the ‘transferor’) when the transfer takes effect automatically become employees of the new employer (the ‘transferee’) on the same terms and conditions (*except for certain occupational pensions rights*).” TUPE 2009 s. 4

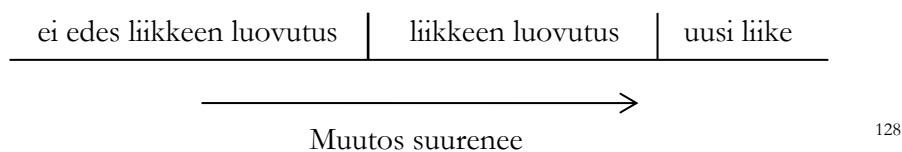
¹²⁵ Direktiivin 2001/23/EY 3 artiklan 4a) kohdan mukaan jäsenvaltiot *voivat määrätä*, että vanha ja uusi työntekijä ovat luovutuksen jälkeen yhteisesti vastuussa yhteisesti ja erikseen vastuussa siirtyneiden työntekijöiden oikeuksien ja velvollisuuksien säilymisestä.

¹²⁶ Esimerkiksi Hollannissa vanha työnantaja on yhteisesti uuden työnantajan kanssa vastuussa siirtyneiden työsopimusten mukaisista velvoitteista vuoden niiden siirtymisen jälkeen. Tämä tarkoittaa sitä, että työntekijät voivat esittää palkkaansa koskevia vaatimuksia sekä uutta että vanhaa työnantajaa kohtaan, jotka perustuvat sopimukseen

3. Liikkeen luovutusta ”ympäröivät” yritysjärjestelyt

3.1 Yleistä

Tässä luvussa kuvailen lyhyesti oikeustieteessä kehitettyä kolmijakoa ei edes liikkeen luovutus - liikkeen luovutus – uusi liike.¹²⁷ Sen tarkoituksena on piirtää rajaa sellaisten yritysjärjestelyjen, jotka ovat lähellä liikkeen luovutusta mutta jotka eivät ominaisuuksiensa perusteella syystä tai toisesta kuitenkaan täytä liikkeenluovutussäännösten soveltamisedellytyksiä, ja varsinaisen liikkeen luovutuksen, välille. Määritelmät ”ei edes liikkeen luovutus” ja ”uusi liike” tavallaan ympäröivät liikkeen luovutuksen käsitettä.



Kuvioon sisältyvien käytännön tapausten ”massa” on oikeuskirjallisuudessa tyypitelty työnantajuuden vaihtumista koskevan pääedellytyksen osalta mm. seuraavalla tavalla:¹²⁹

- 1) ei edes liikkeen luovutus - työnantajasubjektin on, joistakin oikeudellisesti merkityksellisistä tosiseikoista tai oikeustoimista huolimatta, katsottava säilyvän entisellään
- 2) liikkeen luovutus - Työnantajasubjekti vaihtuu TSL 1:10:ssä tarkoitetulla tavalla ja
- 3) uusi liike - työnantajasubjektit vaihtuvat sellaisessa tapahtumaketjussa, että lopputulosta on pidettävä esimerkiksi ”uuden liikkeen” aloittamisena¹³⁰

joka oli voimassa luovutuspäivänä. van Eck 2008 s. 47. Kaikkiaan 16 jäsenvaltiossa on säädetty yhteisvastuusta, ja lisäksi Kyproksella ja Liettuaassa vastuun jakaminen osapuolten välillä on vapaaehtoista. Tšekki, Tanska, Irlanti, Latvia, Malta, Slovakia ja Englanti eivät ole säätäneet yhteisvastuuta luovutuksen osapuolille. Sargeant 2007 s. 93

¹²⁷ Kairinen on kuvannut ryhmien välisiä eroja seuraavasti: ”arvioitaessa erilaisia liiketoiminnan muutostilanteita voidaan tehdä jäsentely kolmeen ryhmään: 1) Muutostilanne on sikäli vähäinen, merkityksetön tai erityinen, että tilanne ei täytä edes liikkeen luovutuksen vähimmäisedellytyksiä. Esimerkiksi, vain irtainten vaihtoesineiden kauppa, pelkkien yrityksen osakkeiden kauppa tai vain yhtiön juridisen muodon muutos työnantajayrityksen identiteettin säilyessä samana taikka konkurssiin asettaminen viranomaispäätöksin. 2) Tilanne täyttää selvästi kaikki liikkeen luovutuksen edellytykset. Esimerkiksi yritys myy itsenäisen liiketoimintayksikkönsä käyttö- ja vaihto-omaisuuden toiselle, joka ilman katkosta jatkaa toimintaa vanhalla henkilökunnalla samanlaisena. 3) Muutostilanne ei täytä liikkeen luovutuksen kriteereitä, koska kyse on toisistaan erillisten ja riippumattomien yritysten tekemistä ratkaisuista ja ja oikeustoimista, joiden välillä ei ole oikeudellisesti relevanttia yhteyttä. Esimerkiksi yrityksen tai sen erillisen liikkeen aito lopettaminen ja liiketoiminnan lakkaaminen niin, että henkilökunta irtisanotaan, omaisuus realisoidaan ja työsuhteet päättyvät. Mielestäni edellä mainittu muotoilu on hieman epäselvä, koska kohtaan 2) kuuluvat luonnollisesti myös sellaiset yritysjärjestelyt, jotka täyttävät liikkeen luovutuksen kriteerit muullakin tavalla kuin *selvästi*. Äimälä on muotoillut saman asian hieman eri tavalla seuraavasti: 1) liikkeessä tapahtunutta muutosta on esimerkiksi sen vähäisyyden johdosta pidettävä sellaisena, ettei se anna aihetta edes liikkeen luovutusta koskevien säännösten soveltamiseen. 2) tosiseikasto voi olla sellainen, että tilanteen on katsottava muodostavan VTSL 7.2 §:ssä tarkoitetun liikkeen luovutuksen ja 3) olosuhteissa tapahtunut muutos voi olla niin suuri, että on perusteltua katsoa, että työsuhteet eivät siirry automaattisesti työnantajalta toiselle vaan katkeavat. Hänen mukaansa on tärkeää jakaa liikkeen luovutusta koskeva problematiikka tällä tavoin osiin, sillä sen tarkasteleminen kaksijakoisena (liikkeen luovutus/ei liikkeen luovutusta) on omiaan antamaan harhaanjohtavan kuvan tilanteesta. Äimälä 1987 s. 94.

¹²⁸ mm. Rautiainen – Äimälä 2007 s.138

¹²⁹ Esitettyssä jaottelussa ryhmien 2) ja 3) välinen rajanveto on käytännössä huomattavasti tärkeämpi kuin ryhmien 1) ja 2) välinen rajanveto, sillä ryhmien 1) ja 2) työoikeudelliset oikeusvaikutukset ovat samankaltaiset. Rautiainen – Äimälä 2007 s.139

Jaottelussa ei ole otettu huomioon esimerkiksi liikkeen osan luovutukseen liittyviä tulkintaongelmia ja se on muutenkin karkea. Luovutuksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää muidenkin kuin työnantajasubjektin vaihtumista koskevien kriteerien toteutumista, vaikka se on erittäin merkittävä luovutusta indikoiva seikka¹³¹. Työntekijöihin kohdistuvilta vaikutuksiltaan kolmijaon välinen ero on se, että kohdassa 1) työsuhteet jatkuvat entisellään muutoksesta huolimatta. Kohdassa 2) työntekijöihin sovelletaan liikkeen luovutusta koskevaa sääntelyä ja työntekijöiden on annettava (olisi annettava) siirtyä vastaanottavaan yritykseen ja kohdassa 3) työsuhteet eivät siirry uudelle työnantajalle vaan katkeavat.¹³²

3.2 Ei edes liikkeen luovutus

Eräitä yritystoiminnan muutoksia ei pidetä liikkeen luovutuksina sen takia, että työntekijöiden kannalta katsoen *muutos työnantajan toiminnassa on vähäisempi kuin liiketoiminnan luovutuksen yhteydessä*. Tällaisiin muutoksiin voidaan lukea ainakin fyysisen työnantajan kuolema¹³³ sekä konkurssi¹³⁴ silloin, kun kuolin- tai konkurssipesä jatkaa liiketoimintaa. Oikeuskirjallisuudessa myös osakeyhtiöiden sulautuminen ja jakautuminen on perinteisesti luettu ei edes liikkeen luovutusryhmään.¹³⁵ Edellä mainitut järjestelyt voivat kuitenkin toteuttaa sääntelyn soveltumisedellytykset, mikäli niiden yhteydessä toteutetaan muita järjestelyjä.

3.2.1 Yhtiöosuuksien luovutukset

Keskeisimpiä ei edes liikkeen luovutus - ryhmään kuuluvia yritysjärjestelyjä ovat yhtiöosuuksien luovutukset. Osakekauppaa ei pidetä liikkeen luovutuksena, vaikka kaupan kohteena olisi yhtiön koko osakekanta,¹³⁶ koska osakekaupassa yhtiön työntekijöiden varsinainen työnantaja ei vaihdu. Yleiseksi tulkintalinjaksi on muodostunut, että *jos yrityksen yhtiöoikeudellinen identtisyys säilyy muutoksen yhteydessä, kyseessä on ”ei edes liikkeen luovutus”*.

¹³⁰ Tiitinen – Kröger 2008 s. 323.

¹³¹ Saarinen on melkoisen suoraviivaisesti esittänyt, että kun työnantaja vaihtuu, kyseessä on yleensä liikkeen luovutus. Saarinen 2003 s. 492

¹³² Äimälä 1987 s. 94

¹³³ Työnantajana toimineen luonnollisen henkilön kuollessa tapahtuu yleisseuraanto: liikkeenharjoittajan omaisuus ja velvoitteet siirtyvät suoraan perintökaaren nojalla kuolinpesälle. Vaikka tällaisissa tilanteissa työnantajasubjekti vaihtuu, ei liikkeenluovutusdirektiivissä ole rinnastettu kuolemantapausta toiseen yleisseuraantoon eli sulautumiseen. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että kuolemantapaustilanteessa on kysymys vähäisemmästä muutoksesta työsuhteissa kuin liikkeen luovutuksessa. Siinä kuitenkin työsuhteet siirtyvät automaattisesti kuolinpesän ja työntekijöiden väliseksi. Saarinen 2003 s. 488 ja alaviite 385

¹³⁴ Mikäli yritys asetetaan konkurssiin, työntekijöiden työnantaja ei vaihdu, koska konkurssivelallinen ja velallisen konkurssipesä eivät ole eri toiminnallisia tai omistuksellisia yksiköitä: konkurssiin asettamisen jälkeenkin työntekijät ovat edelleen velallisyrittäjien palveluksessa ja velallisyrittäjä omistaa yrityksen aktiivaomaisuuden. Vastaava tilanne on kyseessä silloin, kun osakeyhtiö tai henkilö asetetaan selvitystilaan ja selvitysmies hoitaa yhtiön asioita. Tällaisessakaan tilanteessa työntekijöiden työnantaja ei vaihdu selvitystilaan asettamisen yhteydessä. Saarinen 2003 s. 487

¹³⁵ Tiitinen – Kröger 2008 s. 324

¹³⁶ Ks. Tiitinen – Kröger 2008 s. 324, jossa asia on muotoiltu ”osakeyhtiön pelkän osakekannan miten olennaiseksi omistussuhteiden muutoksiksi tahansa.”

Ratkaisussa KKO 1975 II 15 oli kysymys osakeyhtiön osakekannan siirtämisestä. Yhtiön osakekannan omistussuhteiden vaihtumisen yhteydessä toimitettuja yhtiön harjoittaman hotelliravintolan taloudellisen tuottavuuden parantamista tarkoittavia uudelleenjärjestelyjä ei voitu pitää sellaisena VTSL 37.2 §:ssä edellytettynä erityisen painavana syynä, joka olisi oikeuttanut baarimestarin irtisanomiseen, kun uudelleenjärjestelyt eivät käsittäneet baarimestarin tehtävien lakkauttamista tai näiden laadun olennaista muuttamista

Osakekaupan yhteydessä suoritettavat muut järjestelyt saattavat kuitenkin johtaa siihen, että järjestelykokonaisuutta pidetään liikkeen luovutuksena. Tässä kohtaa on tärkeää huomata, että *identiteetin säilymistä arvioidaan liikkeenluovutussääntelyn soveltumisarvioinnissa yritysmuodon muutoksia koskevilla tilanteilla kahdessa yhteydessä*. Toisaalta arvioidaan sitä, lukeutuuko muutos ”ei edes liikkeen luovutus”- kategoriaan järjestelykohteen *yhtiöoikeudellisen identiteetin säilymisen vuoksi*. Toinen identiteetin säilymistä koskeva kysymys liittyy siihen, *säilyykö luovutettavan kohteen identiteetti silloin, kun se luovutetaan uuden työnantajan vastuulle?* Tällöin luovutuksen kohteen identiteetin pitää säilyä, jotta kysymys olisi luovutussääntelyn tarkoittamasta taloudellisesta yksiköstä, joka voi olla luovutuksen kohteena.¹³⁷ Myös muita yhtiöosuuksien luovutuksia, kuten kommandiittiyhtiön vastuunalaisen tai äänettömän yhtiömiehen osuuksien luovutuksia, arvioidaan samalla tavalla.¹³⁸ Edellä mainittujen yritysmuotojen muutosten lukeminen ei edes liikkeen luovutusryhmään kuuluviksi johtuu siis siitä, *että työntekijöiden työnantaja ei vaihdu, vaan työnantajana oleva yhtiö pysyy samana luovutuksesta huolimatta*.¹³⁹

3.2.2 Konkurssi

Työnantajan konkurssin vuoksi tapahtuvaa liiketoiminnan siirtymistä konkurssivelalliselta konkurssipesän hoidettavaksi pidetään ”edes liikkeen luovutus” -ryhmään kuuluvana siirtymänä silloin, kun konkurssipesä jatkaa liiketoimintaa.¹⁴⁰ EU-tuomioistuin totesi asiassa C-135/83

¹³⁷ Ratkaisussa KKO 2000:7 A Oy oli myynyt omistamansa vahinkovakuutusosakeyhtiön osakkeet pankille, joka oli myynyt ne seuraavana päivänä vakuutusosakeyhtiö B:lle. Toiminta jatkui samanlaisena ilman keskeytystä, mikä oli varmistettu osapuolten välisellä sopimuksella. Korkein oikeus totesi kokonaisarvionsa järjestelyihin liittyvistä tekijöistä olevan, että vahinkovakuutustoimintaa harjoittanut taloudellinen ja toiminnallinen kokonaisuus oli säilyttänyt identiteettinsä. Osakkeiden myynti ja siihen liittyneet omaisuuden, asiakkaiden ja työntekijöiden siirtyminen sekä muut järjestelyt tulkittiin liikkeen luovutukseksi.

¹³⁸ Yhtiöoikeudellisen identtisuuden säilyttävistä järjestelyistä, jotka eivät ilman muita toimenpiteitä muodosta liikkeen luovutusta, voidaan lisäksi mainita esimerkkeinä avoimen yhtiön muuttaminen kommandiittiyhtiöksi tai kommandiittiyhtiö avoimeksi yhtiöksi. Samaten henkilöyhtiö voidaan muuttaa osakeyhtiöksi, yhdistys osuuskunnaksi ja osuuskunta osakeyhtiöksi yhtiöoikeudellisen identiteetin muuttumatta. Yhtiöoikeudellinen identtisyys ei puolestaan säily muutettaessa yksityisliike henkilöyhtiöksi tai osakeyhtiöksi tai osakeyhtiö henkilöyhtiöksi tai yksityisliikkeeksi. Samoin on asian laita muutettaessa henkilöyhtiö yksityisliikkeeksi. Rautiainen – Äimälä 2007 s. 140-141

¹³⁹ Rautiainen – Äimälä 2007 s. 140. Ratkaisussa KKO 1992:38 kommandiittiyhtiön vastuunalaisen ja äänettömien yhtiömiesten yhtiöosuuksien myynti ei muodostanut VTSL 7 §:n 2 momentissa tarkoitettua liikkeen luovutusta. Yhtiöosuuksien myynnin jälkeen kommandiittiyhtiön toiminimi oli muutettu, mutta sen liiketoiminta oli jatkunut. Yhtiöosuuksien kaupan johdosta hakijan työnantaja ei ollut muuttunut, eikä kysymys siten ollut VTSL 7 §:n 2 momentissa tarkoitettua liikkeen luovutuksesta.

¹⁴⁰ Tiitinen – Kröger 2008 s. 324

Abels, että ” ei voida tehdä sitä päätelmää, että direktiivillä 77/187/ETY asetetaan jäsenvaltioille velvoite ulottaa direktiivin säännöt koskemaan sellaista yrityksen tai liikkeen taikka liiketoiminnan osan luovutusta, joka tapahtuu sellaisen konkurssimenettelyn yhteydessä, jonka tarkoituksena on luovuttajan omaisuuden realisointi toimivaltaisen tuomioistuimen valvonnassa. - - On kuitenkin täsmennettävä, että vaikka edellä esitettyjen näkökohtien perusteella tällaiset luovutukset eivät kuulu mainitun direktiivin soveltamisalaan, jäsenvaltiot saavat vapaasti soveltaa oman kansallisen lainsäädäntönsä perusteella direktiivin periaatteita joko kokonaan tai osaksi.”¹⁴¹ Suomessa konkurssin yhteydessä pääsääntö (”oletama”) on se, että kyseinen toiminta loppuu.¹⁴² Konkurssipesän omaisuuden myyminen voi kuitenkin mahdollistaa uuden toiminnan aloittamisen¹⁴³, ja työsopimuslain 1:10.1 §:ää onkin sovellettu *konkurssipesän tekemiin konkurssipesään kuuluvan omaisuuden tai osaomaisuuden luovutuksiin (myyntiin) toiselle taholle*.¹⁴⁴ Arvioinnin lähtökohta ei kuitenkaan tässäköön kohta ole liikkeen luovutuksen syntyminen.¹⁴⁵

Konkurssin ja liikkeen luovutuksen välistä suhdetta koskevat tapaukset voidaan jakaa kahteen ryhmään. Ensimmäiseen kuuluvat ne tilanteet, joissa liikkeen luovutus tapahtuu työntekijöitä koskevan alkuperäisen taikka uuden määräaikaisen työsopimuksen voimassa ollessa. Toiseen ryhmään kuuluvat ne, joissa liikkeen luovutus tapahtuu heti irtisanomisajan päättymisen jälkeen. Tällöin erityisen näkökulman muodostaa se, arvioidaanko irtisanomisajan päättymisen jälkeiseen aikaan sijoittunutta liikkeen luovutusta työntekijäin suojaksi annettujen säännösten kiertämisenä.¹⁴⁶

3.2.2.1 Irtisanomisajan päättymisen merkityksestä sääntelyn soveltumiselle

Jos pesä irtisanomisaikana tai sitä edeltävän konkurssitilan aikana myy toimintansa tai sen osan toimivana kokonaisuutena liiketoimintaa jatkavalle yrittäjälle, kyseessä on työsopimuslain 1:10:ssä tarkoitettu liikkeen luovutus, ellei kyseinen yksikkö menetä luovutuksessa identiteetti-

¹⁴¹ Asia C-135/83 Abels, kohdat 23 ja 24. Asia on ilmaistu nykyisen liikkeenluovutusdirektiivin 5(1) artiklassa, jonka mukaan ” Jolleivät jäsenvaltiot toisin säädä, 3 ja 4 artiklaa ei sovelleta sellaisen yrityksen, liikkeen taikka yrityksen tai liiketoiminnan osan luovutukseen, jossa on aloitettu luovuttajaa koskeva konkurssimenettely tai muu samankaltainen maksukyvyttömyysmenettely luovuttajan varojen selvittämiseksi, ja sitä toteutetaan toimivaltaisen viranomaisen valvonnassa (joka voi olla toimivaltaisen viranomaisen valtuuttama maksukyvyttömyysmenettelyn selvittäjä).”

¹⁴² Koskinen 2003/2 s. 187

¹⁴³ Sitä, että liikkeenluovutussääntely voi soveltua myös konkurssipesän suorittamiin luovutuksiin, toteutumista konkurssiomaisuuden luovutuksen yhteydessä tukee työsopimuslain 1.10.3:ssa säädetty vastuunrajoitus. Sen mukaan konkurssipesän luovuttaessa liikkeen luovutuksensaaja ei vastaa ennen luovutusta erääntyneistä palkka- ja muista työsuhteista johtuvista saamisista.

¹⁴⁴ Konkurssipesän tehtävänä on realisoida omaisuus parhaalla mahdollisella tavalla. Tämä tapahtuu joko myymälä yksittäisiä omaisuuksia taikka liikeomaisuus kokonaisuudessaan. Jälkimmäisen tilanteen osalta korkein oikeus on useissa tuomioissaan arvioinut omaisuuden myyntiä mahdollisena työsopimuslaissa tarkoitettuna liikkeen luovutuksena. Koskinen 2003/2 s. 185. Ks. lisäksi Aho 2001 s. 20

¹⁴⁵ Koskinen 2003/2 s. 187

¹⁴⁶ Koskinen 2003/2 s. 189

ään. Kun liiketoiminnan luovutus tapahtuu työntekijöihin kohdistuvien vaikutusten *heidän työsuhteidensa ollessa vielä voimassa, työsopimusten irtisanomiset jäävät vaikutuksettomiksi.*

Ratkaisussa 1994:35 yhtiön mentyä konkurssiin sen työntekijöiden työsopimukset oli irtisanottu konkurssin johdosta. Konkurssipesän luovuttaessa liikkeen irtisanomisaikana VTSL 7 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla, konkurssipesän suorittamien irtisanomisten katsottiin jääneen vaikutuksettomiksi. Ratkaisu oli kuitenkin sikäli erikoinen, että ho-
vioikeus, jonka ratkaisun korkein oikeus vahvisti, katsoi, että vastaanottajalla oli luovutuksen jälkeen VTSL 40 §:n 2 momentissa tarkoitettu luovutuksesta johtunut perusteltu syy irtisanoa kantajien työsopimukset.

Jos uusi yrittäjä ryhtyy jatkamaan konkurssiin menneen yrityksen toimintaa vasta sen jälkeen, kun konkurssiin liittyvä erityinen irtisanomisaika on kulunut – eikä kyse ole lain kiertämisestä taikka toiminnan välittömästä jatkamisesta liikkeen luovutuksen tarkoittamalla tavalla –, työsuhteet eivät siirry luovutuksensaajalle.¹⁴⁷ Uuden toiminnan aloittamisen ja liikkeen luovutuksen rajanveto kiteytyy kysymykseen siitä, onko luovutettua toimintaa jatkettu välittömästi. Jos ei ole, kyse ei voi olla liikkeen luovutuksesta, vaikka liikkeen luovutuksen edellytykset muutoin täyttyisivätkin. Tilanne on selkeästi toisenlainen, jos kyse ei ole edes sellaisesta luovutuksesta, joka substanssinsa osalta riittäisi liikkeen luovutukseksi.¹⁴⁸

3.2.2.2 Velkojainkokouksen päätöksen merkityksestä konkurssissa

Ongelmana näissä tilanteissa on ollut erityisesti se, että liikkeen luovutus tapahtuu käytännössä useimmiten monivaiheisesti (sopimus, omaisuuden vastaanotto, toiminnan aloittaminen). Konkurssitilanteissa lähtökohtana asiaa koskevien korkeimman oikeuden tuomioidenkin mukaan voidaan pitää sitä, että normaalisti liikkeen luovutuksen tunnusmerkistön toteuttava omaisuusmassan luovutus konkurssipesästä ulkopuoliselle voi tulla päätetyksi vasta velkojain-

¹⁴⁷ Ks. myös ratkaisu KKO 1985 II 114, jossa liiketoiminnan kauppa tehtiin noin kolmen viikon kuluttua siitä, kun A:n konkurssipesän irtisanomat työsuhteet olivat päättyneet 4.5.1983 (irtisanominen oli tapahtunut työsopimuslain 41§:n 1 momentin nojalla 14 päivän erityistä irtisanomisaikaa noudattaen). Konkurssipesä myi 6.6.1983 pesän käyttö- ja vaihto-omaisuutta B:lle, joka ryhtyi harjoittamaan sillä yritystoimintaa ja viikon kuluessa kaupan-
teosta otti palvelukseensa eräät A:n työntekijät. Tuomion perusteluissa todettiin, että jutussa ei ollut ilmennyt, että mainitusta kaupasta olisi neuvoteltu tai sovittu ennen A:n toiminnan päättymistä. Koska työntekijöiden työsuhteet näin ollen eivät olleet vuosilomalain 6 §:n 1 momentissa tarkoitettu tavoin jatkuneet keskeytymättöminä ei kysymys ollut sellaisesta VTSL 7 §:n 2 momentissa tarkoitettua liikkeen luovutuksesta, jonka perusteella työnantajan velvollisuudet olisivat siirtyneet uudelle omistajalle.

¹⁴⁸ Koskinen 2003/2 s. 189. Ratkaisussa KKO 1990:81 A Oy oli 5.11.1986 sopinut B Oy:n konkurssipesän kanssa siitä, että A Oy ryhtyi harjoittamaan kauppaliikettä B Oy:n myymälässä, että myymälässä oleva konkurssipesän vaihto-omaisuus jäi A Oy:n myytäväksi provisiolla ja että A Oy vuokrasi liiketoimintaansa varten myymälätilat ja B Oy:n liikekaluston. Liiketoimintaa varten A Oy oli myös tehnyt työsopimuksen B Oy:n tiettyjen työntekijöiden kanssa, jotka olivat välittömästi 1.11.1986 jatkaneet työtään A Oy:n palveluksessa. Kysymys oli liikkeen luovutuksesta, jonka johdosta VTSL 7 §:n 2 momentin mukaan B Oy:n velvollisuudet työnantajana olivat välittömästi siirtyneet A Oy:lle, vaikka konkurssipesä irtisanoi ennen luovutusta konkurssin johdosta työntekijöiden työsopimukset ja liikkeen luovutus ja työntekijöiden palkkaaminen tapahtuivat vasta irtisanomisan päättyneen jälkeen.

kokouksen päätöksellä. Jotta tämä ei johtaisi työntekijöiden kannalta perusteettomiin oikeudenmenetyksiin, on katsottu, että liikkeen luovutuksen toteutumiseen johtava omaisuusmassan luovutus voi tapahtua myös ennen velkojainkokouksen päätöstä.

Ratkaisussa KKO 1996:10 yhtiö A oli asetettu konkurssiin 25.10.1991 ja konkurssipesä oli samana päivänä irtisanonut työntekijöiden työ sopimukset VTSL 41§:n 1 momentin nojalla päättyään 8.11.1991. Konkurssipesä oli 7.11.1991 solminut yhtiö B:n kanssa kauppasopimuksen yrityksen käyttö- ja vaihto-omaisuuden sekä immateriaalisten oikeuksien luovutuksesta. Yrityksen liiketoiminta oli konkurssipesän ja B:n toimesta jatkunut keskeytyksittä. Kyseessä katsottiin olleen liikkeen luovutus, joka tosiasiallisesti oli työntekijöihin kohdistuvien vaikutusten tapahtunut työntekijöiden työsuhteiden ollessa vielä voimassa. Työntekijöiden asema B:hen nähden määräytyi 7.11.1991 vallinneen oikeudellisen tilan perusteella eikä voinut huonontua sen vuoksi, että konkurssipesän velkojainkokous oli vasta 9.12.1991 hyväksynyt kaupan luovutussopimuksessa edellytetyllä tavalla.¹⁴⁹

Korkeimman oikeuden mukaan keskeistä on se, milloin liikkeen luovutus on tosiasiallisesti tapahtunut työntekijään kohdistuvien vaikutusten.¹⁵⁰ Näissä tapauksissa alkuperäinen irtisanomisperuste (konkurssi) poistuu, koska alkuperäistä irtisanomisperustetta ei enää ole olemassa, mutta merkittäväksi muodostuu kysymys siitä, mikä katsotaan luovutuksen toteutumishetkeksi.¹⁵¹ Myös konkurssin yhteydessä työsuhteiden jatkuvuutta on pyritty perustelemaan vetoamalla liikkeen luovutukseen. Näissä tilanteissa konkurssipesän oikeudet ja velvollisuudet työnantajana siirtyvät liikkeen luovutuksessa (automaattisesti ja pakottavasti) luovutuksensaajalle.

3.2.3 Sulautuminen

Liikkeenluovutusdirektiivi koskee sanamuotonsa mukaan sulautumista (merger). Sulautumisen käsitettä ei ole määritelty itse liikkeenluovutusdirektiivissä, mutta oletuksena on aina ollut, että se viittaa sulautumiseen direktiivin 2011/35/EU tarkoittamassa merkityksessä korvaten direktiivin 78/855/EEC.¹⁵² Osakeyhtiölain tarkoittamat sulautuminen ja jakautuminen¹⁵³ yleis-

¹⁴⁹ Ks. myös ratkaisu KKO 1993:127, jossa yhtiön konkurssipesä oli konkurssin johdosta irtisanonut työntekijöiden työ sopimukset erityisellä irtisanomisajalla, minkä jälkeen väliaikaiset pesähoitajat olivat samana päivänä allekirjoittaneet sopimuksen yhtiön käyttö- ja vaihto-omaisuuden myymisestä toiselle yhtiölle. Velkojainkokous oli hyväksynyt sopimuksen työsuhteiden päättymisen jälkeen. Kun ei ollut näytetty konkurssipesän tarkoittaneen kiertää työ sopimuslaissa työntekijälle turvattua irtisanomissuojaa, konkurssipesän suorittama irtisanominen ei ollut laiton tai vaikutukseton siitä huolimatta, että liikkeen luovutusta oli suunniteltu jo ennen konkurssiin asettamista.

¹⁵⁰ Koskinen 2003/2 s.9

¹⁵¹ Luovutushetkenä voi olla omaisuusmassaa koskevan (esi)sopimuksen solmiminen vai velkojainkokouksen päätös, joka saatetaan saada huomattavasti tätä ajankohtaa myöhemmin. Kysymys on merkittävä siinä mielessä, että luovutushetki määrittää sen kokonaisuuden, joka luovutuksen mukana siirtyy luovutuksensaajalle.

¹⁵² Barnard 2012 s. 590

¹⁵³ Osakeyhtiölain mukaan sulautumisessa osakeyhtiö (sulautuva yhtiö) sulautuu toiseen osakeyhtiöön (vastaanottava yhtiö), jolloin sulautuvan yhtiön varat ja velat siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle ja sulautuvan yhtiön osak-

raantoina muodostavat kuitenkin perinteisen kotimaisen näkemyksen mukaan toisen keskeisen ei edes liikkeen luovutus-kategoriaan sijoittuvan yritysjärjestelyn¹⁵⁴. Perusteluina mainitulle on esitetty, että tietyt yhtiöoikeudelliset muutostilanteet eivät ole työoikeuden kannalta liikkeen luovutuksia, koska niitä koskevat omat erityissäännöksensä ja koska kyse on laissa säädetystä varojen ja velkojen yleisestä siirtymisestä.¹⁵⁵ Tämä vaikuttaa mielestäni hieman erikoiselta sen takia, että työsopimuslain esitöissä todetaan nimenomaisesti, että työsopimuslain liikkeen luovutusta koskevan käsitelmärittelyn on tarkoitus vastata direktiivin mukaista liikkeen luovutuksen määritelmää. Kuitenkin myös uutta työsopimuslakia koskevassa oikeuskirjallisuudessa on pysytty aiemmin vallinneessa kannassa, jonka mukaan sulautumista ei lähtökohtaisesti pidetä liikkeen luovutuksena.¹⁵⁶ Näyttäisikin siltä, että sulautumista koskevaa oikeustilaa voidaan pitää direktiivin sanamuodon vastaisena.¹⁵⁷ Ahon mukaan sulautumisdirektiivin 12 artiklassa oleva viittaus liikkeenluovutusedirektiivin soveltamiseen aiheuttaisi sen, ettei sulautumisen jäämistä liikkeen luovutuksen käsitteen ulkopuolelle voida perustella sillä, että yhtiöoikeudelliset muutostilanteet eivät ole liikkeen luovutuksia.¹⁵⁸ Hänen mukaansa direktiivin sanamuodon ja sulautumisdirektiivin 12 artiklan perusteella todennäköinen kanta on se, että mikäli asia saatetaan EU-tuomioistuimen käsiteltäväksi, liikkeenluovutusedirektiivin todettaisiin soveltuvan myös sulautumiseen työnantajaidentiteetin muutosta koskevin edellytyksin.¹⁵⁹

keenomistajat saavat sulautumisvastikkeena vastaanottavan yhtiön osakkeita. Sulautuminen voi tapahtua joko absorptiosulautumisena, jossa yksi tai useampi sulautuva yhtiö sulautuu vastaanottavaan yhtiöön ja kombinaatiosulautumisessa vähintään kaksi sulautuvaa yhtiötä sulautuu perustamalla yhdessä vastaanottavan yhtiön. Absorptiosulautumisen alalajeina tytäryhtiösulautuminen on sellainen absorptiosulautuminen, jossa sulautumiseen osallistuvat yhtiöt omistavat kaikki sulautuvan yhtiön osakkeet sekä mahdolliset optio-oikeudet ja muut osakkeisiin oikeuttavat erityiset oikeudet. Kolmikantasulautumisella tarkoitetaan absorptiosulautumista, jossa muu taho kuin vastaanottava yhtiö antaa sulautumisvastiketta (lähtökohtana on, että muu taho on yleensä vastaanottavan tahon emoyhtiö). Mähönen – Villa 2006 s. 411-413. Jakautumisella eli diffuusiolla tarkoitetaan yrityskokonaisuuksien pilkkomista. Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että diffuusio on sijoitettavissa ryhmittelyyn fuusiota vaikeammin, mutta että käytännössä diffuusioissa työsuhteitten jatkumiseen on tietyvästi suhtauduttu samoin kuin fuusioissa. Tiitinen – Kröger 2008 s. 325, alaviite 11.

¹⁵⁴ Tiitinen – Saloheimo – Bruun 1989 s.187-188, jossa nimenomaisesti todetaan, että ”lainsäädäntöä tulkittaessa on kuitenkin tarkasti pidettävä mielessä, että sulautuminen ei ole työsopimuslain tarkoittama liikkeen luovutus. Sulautuminen ja liikkeen luovutus voidaan näin ollen yleensä rinnastaa toisiinsa vain tätä koskevan nimenomaisen säännöksen nojalla”. Ks. myös Äimälä 1995 s. 115

¹⁵⁵ Fuusiota koskevasta kysymyksenasettelusta ja fuusiotyyppien välisistä eroista ks. tarkemmin mm. Aho 2001 s. 33-34

¹⁵⁶ Mm. Rautiainen – Äimälä 2007 s. 140 ja Koskinen 1/2003 s. 60

¹⁵⁷ Saarisen mukaan sillä seikalla, katsotaanko liikkeen luovutusta koskevan säännöksen koskevan myös sulautumista ja jakautumista, ei ole enää kuitenkaan suurta merkitystä, koska liikkeen luovutuksen jälkeen työntekijän irtisanomissuoja määräytyy yleisten irtisanomista koskevien säännösten mukaisesti. Tämä pätee myös sulautumis- ja jakautumistilanteissa. Lisäksi sulautumisen/jakautumisen tapahduttua työntekijät siirtyvät vastaanottavan yhtiön palvelukseen entisin ehdoin. Hänen mukaansa jakautumis- ja sulautumissuunnitelmassa ei voitane sopia asiasta toisin ottaen huomioon erityisesti liikkeenluovutusedirektiivin selvän ja ehdottoman määräyksen siitä, että direktiivi koskee myös sulautumista. Saarinen 2003 s. 484.

¹⁵⁸ Aho 2001 s.33-34

¹⁵⁹ Käytännössä sulautumisiin liittyy irtisanomisia useimmissa tapauksissa. Sulautuvissa yrityksissä voi esimerkiksi olla (yhteensä) liikaa työntekijöitä. Myös tehtävien uudelleenorganisointi ja päällekkäisyyksien purkaminen voi aiheuttaa tarvetta työvoiman vähentämiseen. Kysymys liikkeenluovutuksen käsitteen soveltumisesta tai soveltumattomuudesta sulautumiseen olisikin näissä tapauksissa merkittävä työntekijäaseman määräytymisen kannalta. Toisaalta välittömänä syynä irtisanomisiin fuusiotilanteissa ovat usein muut kuin liikkeen luovutuksesta johtuvat syyt. Aho 2001 s. 34

3.3 Liikkeen luovutus vai uusi liike?

Koska ”ei edes liikkeen luovutus” -ryhmään lukeutuvilla järjestelyillä ei yleensä ole työoikeudellisia vaikutuksia, liikkeen luovutuksia koskevat erimielisyydet liittyvät useimmin kysymykseen siitä, onko jotakin toimenpidettä pidettävä liikkeen luovutuksena vai onko kyse liiketoiminnan lopettamisesta ja toisen liiketoiminnan aloittamisesta.¹⁶⁰ Kun kyse on uudesta liikkeestä, muutos ei täytä liikkeen luovutuksen kriteereitä, koska kyse on toisistaan erillisten ja riippumattomien yritysten tekemistä ratkaisuksista ja oikeustoimista, joiden välillä ei ole oikeudellisesti relevanttia yhteyttä.¹⁶¹ Aito liiketoiminnan lakkaaminen on pidettävä erillään peiteltysti tehdystä liikkeen luovutuksesta. Jos tällainen tarkoitus voidaan todeta, sillä on merkitystä asiaa koskevassa arvioinnissa.¹⁶²

4. Milloin kyseessä on liikkeen luovutus?

4.1 ”Yritys, liike, yhteisö tai säätiö tai sellaisen toiminnallinen osa”

Työsopimuslain ja liikkeenluovutusdirektiivien määritelmä ” yrityksen, liikkeen, yhteisön tai säätiön tai näiden toiminnallinen osa” on mielestäni hyvin erottelukyvyn, koska liikkeen luovutuksen käsitteen kannalta siinä mainituilla määritelmillä on selvästi laajempi merkityssisältö kuin yleiskielessä. Asiassa C-108/10 Scattolon EU-tuomioistuimien kokosi tapansa mukaan yhteen keskeisiä seikkoja, joita voitaneen tässä nimittää vaikkapa liikkeen luovutuksen kohteen muodostumisen peruslähtökohdiksi. Ratkaisussa tuomioistuin totesi, että ”yrityksen käsitteellä tarkoitetaan pysyvällä tavalla järjestettyä taloudellista yksikköä riippumatta yksikön oikeudellisesta muodosta ja rahoitustavasta. Tällaisen yksikön muodostaa henkilöiden ja muiden tekijöiden kokonaisuus, jonka avulla on mahdollista harjoittaa omiin tavoitteisiin tähtäävää taloudellista toimintaa ja joka on riittävän organisoitu ja itsenäinen. - - taloudellisen toiminnan käsite kattaa kaiken toiminnan, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla. - - taloudelliseksi toiminnaksi on puolestaan luokiteltu julkisen vallan käyttöön liittymättömät palvelut, joilla edistetään yleistä etua ja joilla ei tavoitella voittoa mutta joilla kilpaillaan sellaisten toimijoiden tar-

¹⁶⁰ Rautiainen – Äimälä 2007 s. 141 Tässä on myös huomattava, että mikäli ennen liikkeen lopettamista suoritetaan toimia, jotka tarkoittavat sääntelyn vaatimaan oikeudelliseen yhteyteen perustuvaa työntekijöiden siirtymistä toiselle työnantajalle, kyseessä voi olla liikkeen luovutus vaikka vanhan työnantajan toiminta lopetettaisiin tämän jälkeen kokonaan. Ks. esimerkiksi yhdistetty asia C-171/94 - C-172/94 Merckx ja Neuhuys, kohta 23, jossa todettiin, että ”että direktiiviä ei voida jättää soveltamatta pelkästään siitä syystä, että luovuttava yritys lopettaa toimintansa luovutushetkellä ja että se tämän vuoksi puretaan, koska silloin saatettaisiin estää direktiivin tavoitteen mukainen työntekijöiden suojelun toteutuminen. Koska toinen yritys jatkaa tämän yrityksen toimintaa, nämä seikat pikemminkin vahvistavat direktiivissä tarkoitettua luovutuksen tapahtuneen.”

¹⁶¹ Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1985 II 164 A oli B:n kanssa tekemänsä asiamiehisopimuksen perusteella harjoittanut paikkakunnalla B:n liiketoimintaa. A oli irtisanonut työntekijänsä C:n työsopimuksen päättymään samanaikaisesti, kuin B asiamiehisopimuksen purkaututtua oli itse ryhtynyt jatkamaan liiketoimintaansa. C:n työsuhde oli päättynyt A:n suorittaman irtisanomisen johdosta, eikä B:lle, joka oli kieltäytynyt ottamasta C:tä työhön, ollut siirtynyt sanottuun lakanneeseen työsuhteeseen perustuvia velvoitteita, joiden perusteella B olisi ollut velvollinen korvaamaan C:lle työsuhteen päättymisestä aiheutuneen vahingon. *Yhdistyksen liiketoiminta oli päättynyt yksinomaan asiamiehisopimuksen lakkaamisen johdosta.*

¹⁶² Kairinen 1997 s.26

jonnan kanssa, jotka tavoittelevat voittoa.”¹⁶³ Sääntelyn tarkoittamat ”yritys, liike, yhteisö tai säätiö tai tällaisen toiminnallinen osa” voidaan koota yleisemmäksi taloudellisen yksikön käsitteeksi, jolla tarkoitetaan direktiivissä pää- tai sivutoimisen taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi järjestettyä resurssikokonaisuutta.¹⁶⁴ Luovutuksen on kohdistuttava pysyvästi organisoituun taloudelliseen kokonaisuuteen.¹⁶⁵ Pelkän tietyn (yksilöidyn) urakan loppuunsaattaminen ei kuulu sääntelyn soveltamisalaan.¹⁶⁶ Lisäksi siirrettävällä toiminnalla tulee olla siirtotarkoitus.¹⁶⁷

Oikeuskirjallisuutta tarkastellessa voidaan mielestäni arvioida, että ”liikkeen tai sen osan” käsite on pitkälti päällekkäinen taloudellisen kokonaisuuden määritelmän kanssa. Liikkeen käsite määrittyy näin tavallaan luovutussääntelyn soveltumisen kautta, eli mikäli arviointi johtaa siihen, että yritysjärjestelyssä on kysymys liikkeen luovutuksesta (luovutuksen kohde täyttää sääntelyn soveltumisedellytykset eli on sen edellyttämä toiminnallinen kokonaisuus), myös lain tarkoittama ”yritys, liike, yhteisö tai säätiö tai tällaisen toiminnallinen osa” -määritelmä täyttyy. Luovutussääntelyn soveltumisen kohdekenttä vaikuttaisikin määräytyvän sen perusteella, katsotaanko luovutuskohteen täyttävän taloudellisen kokonaisuuden määritelmän. Kaiken kaikkiaan liikkeen tai sen osan oikeudellinen määrittely liikkeen luovutuksen kannalta on hyvin laaja ja voi myös mielestäni muodostua melkoisen odottamattomin perustein ainakin jos asiaa lähestytään ”liikkeen tai sen osan” semanttisen normaalisisällön puitteissa. Liikkeen käsitteen epämääräisyyden ja laajuuden takia on mielestäni tärkeää pikemminkin *olla tietoinen* siitä, mitä sellaisella ”yrityksellä, liikkeellä, yhteisöllä tai säätiöllä tai tällaisen toiminnallisella osalla” *voidaan tarkoittaa*, eli minäkälaiset olosuhdemuutokset *saattaisivat* täyttää liikkeen luovutusta koskevassa sääntelyssä tarkoitettua luovutuksen kohdetta koskevan määritelmän, jolloin tämän sääntelyn soveltamisalaa koskevan tietoisuuden perusteella voidaan suorittaa tapauskohtaisesti yksityiskohtaisempaa soveltumisarviointia. Onko luovutussääntelyn tarkoittamalle ”liikkeelle tai sen osalle” eli luovutuksen kohteelle sitten edes mahdollista määritellä yleisempää sisältöä? Äimälän mukaan lienee selvää, ettei kannata yrittää määritellä tarkasti, mitä liikkeellä tarkoitetaan. Hänen mukaansa lainsäätäjällä itselläänkään ei ilmeisesti ole ollut kovin tarkkaa kuvaa tämän käsitteen merkityksestä tai pa-

¹⁶³ Asia C-108/10 Scattolon, kohdat 42-44

¹⁶⁴ Käsittelen tätä ”identiteettinsä säilyttävä taloudellinen kokonaisuus” - määritelmän tarkennusta jäljempänä.

¹⁶⁵ Valkonen 1999 s. 109. Hänen mukaansa taloudellinen kokonaisuus tässä yhteydessä on ”enemmän kuin yrityksen tarjoamat työtehtävät. Tällaisella liiketoimintakokonaisuudella tarkoitetaan sellaista henkilöiden ja muiden tekijöiden muodostamaa yhdistelmää, jonka avulla on mahdollista harjoittaa omiin itsenäisiin tavoitteisiin tähtäävää liiketoimintaa.”

¹⁶⁶ Asiassa C-48/94 Rygaard kalusteurakka (ovien ja seinälevyjen rakentaminen ja kiinnittäminen) siirrettiin urakoitsijalta toiselle. EU-tuomioistuin katsoi, että kyseessä ei ollut liikkeen luovutus, koska kyseessä oli vain määrätyn projektin siirtäminen urakoitsijalta toiselle.

¹⁶⁷ Jos luovutettavan toiminnan siirtotarkoitus puuttuu, kyse on joko ei edes liikkeen luovutus –tilanteen mukaisesta entisen toiminnan jatkamisesta tai vanhan toiminnan lakkauttamisesta tai uuden aloittamisesta, vaikka toiminta viimeksi mainitussa tapauksessa ulkonaisesti tarkastellen jatkuisikin sääntelyn edellyttämällä tavalla samana tai samankaltaisena. Valkonen 2006 s. 586. Tällainen tilanne voi syntyä esimerkiksi silloin, jos liiketoiminnan harjoittamisen toiselle yrittäjälle antanut sopimustaho siirtää toiminnon kolmannelle osapuolelle ilman muita järjestelyjä tai osapuolten välillä vallinneita siteitä. Liikkeen luovutusta koskevia periaatteita ei tällöin sovelleta, vaikka liiketoimintaa jatkettaisiin keskeytyksellä samanlaatuisena ja samaa kalustoa käyttäen. Ks. myös Koskinen - Nieminen - Valkonen 2003 s. 259 ja ratkaisut KKO 1985 II 164 ja KKO 1991:141.

remminkin sille on annettu eri laeissa eri merkitys. Toisaalta käsitteen laajuus on hänen mukaansa riippunut lain tarkoituspästä. Lisäksi jo liikkeen osan luovutus riittää saattamaan tilanteen liikkeen luovutusta koskevien säännösten piiriin. Ratkaisevaa ei olekaan käytännössä se, onko kyseessä liikkeen, yrityksen tai mahdollisesti liikkeen osan luovutus vaan yleensä se, onko kyseessä liikkeen luovutus vai vain (esimerkiksi) yksittäisten koneiden, laitteiden tms. myynti.¹⁶⁸

4.2 Liikkeen luovutuksen pääedellytykset

4.2.1 Yleistä

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa luovutuksen toteutumisen kannalta ”pakolliset” tosiseikat on esitetty ”pääedellytyksinä” tai ”välttämättöminä edellytyksinä”. Nämä ovat 1) työnantajan vaihtuminen 2) osapuolten välinen oikeudellinen yhteys ja 3) identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden luovutus. Tässäkin kirjoittajista riippuen näiden edellytysten kokoonpano tai jopa substanssi hieman vaihtelevat. Barnard on esittänyt, että direktiivin 2001/23 1(b) artiklan luovutuksen käsitettä koskevasta säännöksestä on erotettavissa kolme tarkastelua edellyttävää elementtiä: 1) Taloudellinen kokonaisuus 2) joka on luovutettu; ja 3) kyseinen kokonaisuus säilyttää identiteettinsä luovutuksen jälkeen.¹⁶⁹ Tämä kolmijako vastaa pitkälti kotimaista esitystapaa, jossa Barnardin esittämät kohdat 1 ja 3 on yhdistetty toisiinsa (identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden luovutukseksi). ”

4.2.2 Työnantajan vaihtuminen

Liikkeenluovutusdirektiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaan liikkeen luovutuksen toteutuminen edellyttää työnantajan vaihtumista (”luovuttamiseen toiselle työnantajalle”).¹⁷⁰ Sama asia on kirjoitettu työsopimuslain 1:10.1:een määritelmällä (”luovuttamista toiselle työnantajalle”). Suomessa liikkeen luovutusta koskeva sääntely tulee sovellettavaksi *kaikkiin työntekijöihin, jotka ovat työsuhteessa suomalaisen työnantajan kanssa*. Työnantajan käsitettä ei ole määritelty työlainsäädännössä, mutta on selvää että ratkaiseva tekijä työnantajasubjektin vaihtumiselle on työnanta-

¹⁶⁸ Äimälä 1987 s. 96. Äimälän vuoden 1970 työsopimuslain voimassaoloaikaan sijoittuva analyysi vastaa pitkälti omaa käsitystäni asiasta myös voimassa olevan työsopimuslain liikkeen luovutuksen käsitteen osalta, eikä siis ole ainakaan kokonaan menettänyt merkitystään liikkeen käsitteen työsopimuslakiin ottamisen jälkeen. Liikkeen käsite muodostuu ainakin osittain myös lain tarkoituksen perusteella, jonka eräs keskeisimmistä on työntekijöiden suojeleminen erityyppisten yritysjärjestelyjen yhteydessä. Myös tällä on merkitystä asian luonnetta arvioitaessa.

¹⁶⁹ Barnard 2012 s.581.

¹⁷⁰ Asia on oikeuskirjallisuudessa esitetty mm. siten, että työnantajan oikeussubjektuuteen vaikuttamattomat omistussuhteiden muutokset eivät ole työsopimuslain (VTSL) 7§:n mukaisia liikkeen luovutuksia”. Tiitinen – Saloheimo – Bruun 1989 s. 187. Blaupainin mukaan luovutuksen määritelmän avainkysymys on se, saavatko työntekijät luovutuksen seurauksena uuden työnantajan. Blaupain 2003 s. 509. Saarisen mukaan silloin kun työnantaja vaihtuu, kyseessä on yleensä liikkeen luovutus. Saarinen 2003 s. 582 Mielestäni tämä on kuitenkin turhan kärjistettyä, mutta sitä voidaan mielestäni pitää *hyvänä lähtökohdana sille, milloin luovutuksen toteutuminen kyseisessä yritysjärjestelyssä olisi syytä alkaa pohtimaan*. Kyse on ennemminkin siitä, että direktiivin soveltuminen mahdollistuu silloin, kun luonnollinen tai oikeushenkilö, joka on vastuussa yritystoiminnasta, vaihtuu.

ja-aseman muuttuminen.¹⁷¹ Työnantajalla (liikkeen luovuttajalla) tarkoitetaan oikeussubjektia, joka luovutuksen seurauksena lakkaa olemasta työnantaja. Oleellista työnantajan vaihtumista koskevan edellytyksen täyttymiselle on *työnantajan oikeusaseman perussubjektin vaihtuminen toiseksi esimerkiksi siten, että liikettä tai yritystä pyörittävä yhtiö X muuttuu yhtiö Q:ksi*.¹⁷² Jos muutos ei vaikuta yrityksen siviilioikeudelliseen identiteettiin, työnantaja pysyy samana, eikä työnantajan vaihtumista koskeva edellytys täyty. Sillä, onko kysymyksessä luonnollisen henkilön vai oikeushenkilön työnantajuuden vaihtuminen, ei ole merkitystä.¹⁷³

Työntekijän käsite määräytyy kunkin jäsenvaltion lain mukaan niin, että sillä tarkoitetaan jäsenvaltion palvelussuhdelakien piirissä olevia palkansaajia. Asiassa C-108/10 Scattolon EU-tuomioistuimien totesi, että ”kyseiseen säännöstöön voivat vedota ainoastaan henkilöt, joita kyseisen jäsenvaltion kansallisessa työläinsäädännössä suojataan työntekijöinä.”¹⁷⁴ Suomessa tällaisia työntekijöiksi liikkeenluovutussäätelyn näkökulmasta luettavia henkilöitä ovat sekä työ- että virkasuhteessa olevat.¹⁷⁵ Yhdistetyissä asioissa C-144/87 ja C-145/87 Berg ja Besselen EU-tuomioistuimien totesi, että ”direktiiviä voidaan soveltaa kun, sellainen joko oikeus- tai luonnollinen henkilö vaihtuu, joka on vastuussa liiketoiminnan jatkamisesta, ja joka tuon vaihtumisen seurauksena tulee työnantajavastuuseen yrityksen työntekijöitä kohtaan riippumatta siitä, onko yrityksen omistaja vaihtunut.”¹⁷⁶ Merkittävää on havaita, että *jokainen sitoumus, jossa työnantaja-asema vaihtuu, on direktiivin kattama*.¹⁷⁷ Direktiivin henkilölliseen ulottuvuuteen on otettu kantaa esimerkiksi asiassa C-19/83 Wendelboe, jossa EU-tuomioistuimien totesi, että ”direktiivi viittaa ainoastaan niiden työntekijöiden oikeuksiin ja velvollisuuksiin, joiden työsopimus tai työsuhde on voimassa siirtymispäivänä eikä niihin, jotka eivät ole enää työsuhhteessa luovuttajaan toiminnan siirtymisen hetkellä.”¹⁷⁸ Sääntely koskee kaikkia tällaisia työntekijöitä, myös tilapäisessä työsuhhteessa olevia ja osa-aikaisia työntekijöitä.¹⁷⁹

¹⁷¹ Liikkeenluovutusdirektiivissä on kuitenkin esitetty luovuttajan ja luovutuksensaajan (tosin melkoisen yleiset) määritelmät. Niiden mukaan luovuttajalla tarkoitetaan ”luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä, joka 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua luovutuksen seurauksena lakkaa olemasta työnantaja yrityksessä, liikkeessä taikka yritys- tai liiketoiminnan osassa” ja luovutuksensaajalla ”luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä, josta 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua luovutuksen seurauksena tulee yrityksessä, liikkeessä taikka yritys- tai liiketoiminnan osassa työnantaja”. Valkonen määrittelee työnantajuuden eri elementeistä koostuvaksi oikeusasemaksi, ”työnantaja-asemaksi”. Siihen kuuluvat ainakin sopimusosapuolena oleminen (sopimus), oikeus saada työsuoritukset (työnteko toiselle), velvollisuus maksaa vastikkeet sekä direktio-oikeus (johto ja valvonta). Valkonen 1999 s. 98 ja alaviite 23

¹⁷² Kairinen 2009 s.289

¹⁷³ Valkonen 2006 s. 590

¹⁷⁴ Asia C-108/10 Scattolon, kohta 39

¹⁷⁵ Kairinen 2009 s.283

¹⁷⁶ Yhdistetyt asiat C-144/87 ja C-145/87 Berg ja Besselen, kohta 17

¹⁷⁷ Blanpain 2003 s. 510 ja Nielsen 2000 s. 314.

¹⁷⁸ Asia C-19/83 Wendelboe, kohta 15

¹⁷⁹ Komission kertomus 2007 s. 3

4.2.2.1 Työnantajuuden vaihtuminen yrityskonsernin sisäisissä järjestelyissä

Yrityskonsernin sisäiset luovutukset ovat nostaneet esiin rajanvetokysymyksiä direktiivin soveltamisalasta tilanteissa, joissa samaan konserniin kuuluvilla yhtiöillä on oma omistuspohja ja yhteinen hallinto. Näissä tapauksissa keskeisin kysymys koskee yleensä työnantajuuden säilymistä samalla työnantajalla tai sen siirtymistä sääntelyn soveltumisen edellyttämällä tavalla toiselle työnantajalle.¹⁸⁰ Vaikka esimerkiksi kilpailusääntöjen suhteen konsernin osia voidaan käsitellä yhtenä taloudellisena kokonaisuutena, eivät sama omistuspohja ja yhteinen hallinto ole syitä, joille olisi liikkeenluovutusdirektiivin kannalta annettu sen suurempaa merkitystä kuin oikeushenkilöiden muodolliselle erillisyydelle.¹⁸¹ Asiassa C-234/98 Allen oli kysymys konsernin sisäisestä yritysjärjestelystä. ACC oli AMCO Corporation plc:n tytäryhtiö, jonka osakkeista se omisti 100 prosenttia. Konserniin kuului 12 yhtiötä, muun muassa toinen sataprosenttisesti omistettu tytäryhtiö, joka oli perustettu vuonna 1993 huolehtimaan kaivosten sulkemiseen liittyvistä tehtävistä, kuten kunnossapidosta ja kaivoskuilujen täyttämisestä. Se palkkasi tätä tarkoitusta varten omaa työvoimaa, jonka työehdot poikkesivat ACC:ssä voimassa olevista ja olivat työntekijöiden kannalta huomattavasti huonompia. Vaikka ACC ja AMS olivat erillisiä oikeushenkilöitä, niillä oli samat johtajat, ja yhtiöiden hallinto sekä muut tukitoiminnot hoidettiin yhteisesti AMCO-konsernissa. Asiaa koskevassa ratkaisussaan EU-tuomioistuin totesi, että ”direktiivillä säädellään kaikkia tilanteita, joissa työnantaja vaihtuu oikeudellisesti toiseksi, jos muut siinä säädetyt edellytykset lisäksi täyttyvät, ja että sitä voidaan siten soveltaa kahden sellaisen samaan konserniin kuuluvan tytäryhtiön väliseen luovutukseen, jotka ovat eri oikeushenkilöitä ja kumpikin tahollaan työsuhteessa omien työntekijöidensä kanssa. Tällöin ei merkitystä ole sillä seikalla, että yhtiöillä on saman omistuspohjan lisäksi myös sama johto ja samat toimitilat ja että ne suorittavat samoja työtehtäviä.”¹⁸²

4.2.2.2 Työnantajuuden vaihtuminen saman määräysvallan alaisissa yrityksissä

Jos liiketoiminnan uudelleenjärjestely käsittää saman määräysvallan alla olevissa yrityksissä toiminnallisen kokonaisuuden siirron (esim. toiminta keskitetään kokonaisuudessaan vain yhteen määräysvallassa olevaan yritykseen) eikä yrityksiä voida pitää yritysten toimintatapaan tai asemaan eikä muillakaan toiminnan harjoittamiseen liittyvillä perusteilla samana työnantajana, työnantaja-asema siirtyy luovutuksensaajalle, jolloin on lähdettävä arvioimaan muita sääntelyn soveltumisedellytyksiä. Kysymystä on arvioitava sillä perusteella, onko kyseessä useamman (saman) työnantajan muodostaman työnantajakokonaisuus. Mikäli työnantaja-asema ei ole muuttunut, vaikka kyse on muodollisesti erillisistä yrityksistä, ei kyseessä ole liikkeen luovutus.

¹⁸⁰ Liikkeen luovutuksen toteutumisedellytyksistä yhtiöittämisilanteissa ks. mm. Saarinen 2003 s. 466

¹⁸¹ Paasivirta 2002 s. 470.

¹⁸² Asia C-234/98 Allen, kohta 17

Kyse ei myöskään saa olla niin vähäisen osan luovutuksesta, että varsinainen ”bisnes” säilyy edelleen luovuttajalla.¹⁸³

4.2.3 Osapuolten välinen oikeudellinen yhteys

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa liikkeen luovutuksen yhtenä pääedellytyksenä on esitetty osapuolten oikeudellisen yhteyden vaatimus. Liikkeenluovutusdirektiivin suomenkielisen käännöksen 1 artiklan 1 a) kohdan mukaan direktiiviä sovelletaan ”yrityksen tai liikkeen taikka yrityksen tai liiketoiminnan osan luovuttamiseen toiselle työnantajalle sopimukseen perustuvan luovutuksen taikka sulautumisen kautta.” Englanninkielisessä kieliversiossa ”sopimukseen perustuvaa luovutusta” vastaa määritelmä ”legal transfer”, jonka sisältöä on etenkin ulkomaisessa oikeuskirjallisuudessa puitu varsin laajasti. Molemmilla määritelmillä viitataan luovutuksen toteuttamistapaan. Asiassa C-108/10 Scattolon EU-tuomioistuin totesi, että ”Direktiivin 77/187 1 artiklan 1 kohdassa niin ikään esiintyvistä ilmaisista ”sopimukseen perustuvan luovutuksen taikka sulautumisen kautta” on todettava, että yhteisöjen tuomioistuin on sekä tämän direktiivin eri kieliversioiden välillä olevien erojen että siinä mainittujen käsitteiden osalta toisistaan poikkeavien kansallisten lainsäädäntöjen vuoksi tulkinnut tätä ilmaisua riittävän joustavasti direktiivin tavoitteen saavuttamiseksi, toisin sanoen työntekijöiden suojaamiseksi työnantajan vaihtuessa.”¹⁸⁴

Tuomioistuin onkin omaksunut tarkoitushakuisen laajan tulkinnan määritelmälle, ja nykyään on selvää, että direktiivi voi soveltua laajalti erilaisiin järjestelyihin mukaan lukien ne, jotka perustuvat hallinnolliseen päätökseen tai lainsäädännölliseen toimenpiteeseen,¹⁸⁵ tuomioistuimen päätökseen¹⁸⁶ tai sellaisiin järjestelyihin, joissa ei ole lainkaan sopimusta.¹⁸⁷ Ratkaisussaan asiassa C-

¹⁸³ Valkonen 2006 s. 594. Ratkaisussa KKO 1997:105 rakennushallitus oli ennen lakkauttamistaan siivoustoiminnan lopettamisen vuoksi irtisanonut palveluksessaan olleen siivoojan työsuhteen. Ennen työsuhteen päättymistä valtio oli rakennushallinnon kiinteistötehtäviä varten perustanut osakeyhtiön, joka jo ennen rakennushallinnon lakkauttamista oli aloittanut toimintansa siivouspalvelun osalta. Kysymyksessä oli VTSL 7 §:n 2 momentissa tarkoitettu liikkeen luovutus, jolla siivoustoiminta ja työnantaja-asema olivat siirtyneet valtion viranomaiselta yksityisoikeudelliselle yhtiölle. Ks. myös korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1996:2 ja työtuomioistuimen ratkaisut TT 1996-44 ja TT 1993-78.

¹⁸⁴ Asia C-108/10 Scattolon, kohta 63. Aluksi EU-tuomioistuimen käsiteltäväksi saatetut kysymykset koskivat sopimusperusteisia järjestelyitä, malliesimerkkinä yrityksen myyminen. Myöhemmin tuomioistuin on joutunut arvioimaan monimutkaisempia järjestelyjä, kuten vuokrajärjestelyjä ja contracting out- järjestelyjä, joissa luovuttajan ja luovutuksensaajan välillä ei ollut suoraa sopimussuhdetta. Tämä nosti esiin ongelman siitä, kattoiko direktiivi ainoastaan sopimukseen perustuvat luovutukset, kuten Hollantilainen, Saksalainen, Ranskalainen, Kreikkalainen, Italialainen ja Portugalilainen käännösversio näyttivät esittävän, vai oliko direktiivin soveltamisala riittävän laaja kattamaan myös muunlaiset järjestelyt, jotka eivät välttämättä perustuneet sopimukseen, kuten Englantilainen määritelmä (legal transfer) ja Tanskalainen versio (overdragelse) esittivät. Barnard 2006 s. 584

¹⁸⁵ asia C-29/91 Bartol

¹⁸⁶ asiat C-135/83 Abels ja C-362/89 d’Urso

¹⁸⁷ yhdistetyt asiat C-171/94 ja C-172/94 Merckx ja Neuhuys. Osapuolten välisen oikeudellisen yhteyden vaatimustaso on kirjoitettu sen nykyistä tilaa mielestäni hyvin kuvaavasti auki ratkaisussa KKO 2008:88, jossa korkein oikeus totesi, että ”direktiivin soveltamiseksi ei ole tarpeen, että luovuttajan ja luovutuksensaajan välillä olisi välitön sopimussuhde, sillä luovutus voidaan tehdä myös kolmannen tahon välityksellä. Se, että A:n ja B:n välillä ei ole ollut välitöntä sopimussuhdetta vaan he ovat julkisia hankintoja koskevaan tarjouskilpailuun perustuen peräkkäin hoitaneet päiväkotitoimintaa, ei siten estä sitä, että kysymyksessä olisi ollut liikkeen luovutus.” Myös hallinta-

51/00 Temco EU-tuomioistuin totesi, että ”se, että luovuttaja ja luovutuksensaaja eivät ole sopimussuhteessa keskenään, ei voi sulkea pois sitä mahdollisuutta, että kyseessä katsottaisiin olevan direktiivissä tarkoitettu luovutus. Luovutus voidaan tehdä kahdella peräkkäisellä sopimuksella, jotka luovuttaja ja luovutuksensaaja tekevät saman oikeushenkilön tai luonnollisen henkilön kanssa.”¹⁸⁸ Luovutussääntely soveltuu kuitenkin myös lainsäädännön perusteella tapahtuviin siirtoihin, jotka voivat olla vastentahtoisiaakin (kuten perintö) ja kyseessä voi olla vapaaehtoinen luovutus, jonka johtuu muusta syystä kuin kaupasta (kuten esimerkiksi lahja tai vaihto).¹⁸⁹ Oikeudellisen yhteyden vaatimus voi toteutua myös yksipuolisella päätöksellä¹⁹⁰ tai toimenpiteellä¹⁹¹. Oikeudellista yhteyttä koskeva edellytys voi täytyä myös kaksivaiheisesti niin, että jokin ulkopuolinen taho siinä välittäjänä.¹⁹² Riittävää sääntelyn soveltumiseksi on, että toimiva liike siirtyy uudelle yrittäjälle *sellaisilla oikeudellisilla määräämistoimilla tai niiden ketjuilla, joiden takana on asianomaisten tahojen yhteisymmärrys*.¹⁹³ Edellytyksenä ei ole osapuolten yhteinen tahto tietyn päämäärän saavuttamisesta, vaan luovuttaja voi suhtautua luovutukseen kielteisestikin, kunhan hän ymmärtää, että luovutuksensaaja jatkaa liiketoimintaa.¹⁹⁴ Varsinaisen luovutussopimuksen korvaavia olosuhteita voivat lisäksi olla esimerkiksi se, että yhtiöllä on määräysvaltansa perusteella mahdollisuus määrätä toisen yhtiön toiminnan osan lakkauttamisesta ja toiminnan siirtämisestä itselleen tai toiselle yhtiölle, jolloin tämä valta korvaa nimenomaisen sopimuksen.¹⁹⁵

oikeuden siirtoa koskeva sopimus voi tulla kysymykseen. Lisäksi sopimukseen perustuvasta (sääntelyn soveltumisedellytykset täyttävästä) luovutuksesta voi olla kysymys myös silloin, kun toiminta sopimusehtoon perustuen esim. kauppahinnan laiminlyöntitapauksessa palautuu vanhalle yrittäjälle (asia C-287/86 Ny Molle Kro) Merkitystä ei ole tällöin sillä, purkautuuko kauppa vapaaehtoisesti vai oikeuden päätöksellä. Kysymykseen voivat tulla muunlaisetkin sopimukset – kuten leasing ja agent -sopimukset – sekä muut luovutusta merkitsevät yksipuoliset oikeustoimet kuten testamentti, perintö tai lahja. Sopimuksen tai järjestelyn ei tarvitse olla vastikkeellinen voidakseen muodostaa liiketoiminnan luovutuksen. Ks. Valkonen 2006 s.593

¹⁸⁸ Asia C-51/00 Temco, kohta 31

¹⁸⁹ Bowers 2002 s. 404

¹⁹⁰ Ratkaisussa KKO 1999:69 oli kyse eduskunnan päätöksestä

¹⁹¹ Ratkaisussa KKO 1997:105 kyseessä oli toiminnan yhtiöittäminen

¹⁹² Kun luovutus tapahtuu kolmen eri subjektin yhteen sovitettujen toimien perusteella, olisi ainakin tietynlainen yhteisymmärrys kolmen osapuolen välillä oltava. Kairinen 2009 s. 284

¹⁹³ Kairinen 2009 s. 298

¹⁹⁴ Valkonen 2006 s. 591. Äimälä on esittänyt pelkästään uuden yrittäjän tietoisuuden luovuttajan liiketoiminnasta riittäväksi täyttämään oikeudellisen yhteyden vaatimuksen. Pelkästään se, että luovutuksensaaja on tietoinen siitä, että vanha yrittäjä harjoitti samaa toimintaa samoilla tuotantovälineillä riittää yleensä täyttämään oikeudellisen yhteyden vaatimuksen. ”Mielestäni vanhan ja uuden yrittäjän välillä ei nimittäin tarvitse vallita edes yhteisymmärrystä. - - Mielestäni tulee vaatia ainoastaan, että uusi yrittäjä on tietoinen siitä, että vanha yrittäjä on harjoittanut liiketoimintaa samoilla tuotantovälineillä. Tämä edellytys on välttämätön uuden yrittäjän oikeusturvan kannalta. Hänellä pitää olla tieto siitä, että hankkimalla tietyt tuotantovälineet ja harjoittaessaan niillä tietynlaista liiketoimintaa hän joutuu VTSL 7.2 §:n mukaiseen vastuuseen työntekijöistä” Äimälä 1987 s.100. Äimälän mukaan hänen esittämänsä kanta on perusteltavissa lain ration mukaisena eli tarkoituksena turvata työntekijöiden oikeus pitää työpaikkansa silloin, kun liike ulkonaisesti tarkastellen jatkaa toimintaansa olennaisesti muuttumattomana, vaikka sen omistaja tai haltija vaihtuu. Toisaalta hänen mukaansa, jos lain sanamuodon katsottaisiin edellyttävän sopimussuhdetta, sopimuksen kohteena tulisi olla nimenomaan liike. Tästä vaatimuksesta ollaan kuitenkin yleisesti luovuttu, koska tällöin lain soveltamisalan ulkopuolelle jäisi joukko sellaisia tilanteita, joissa on tosiasiallisesti kysymys liikkeen luovutuksesta. Samansuuntaisesti ks. myös Valkonen, jonka mukaan ”Uuden yrittäjän tietoisuus siitä, että vanha yrittäjä on harjoittanut samaa toimintakokonaisuutta samoilla tuotantovälineillä, riittää synnyttämään oikeudellisesti merkittävän suhteen”. Valkonen 2006 s. 593. Ks. myös Tiitinen - Saloheimo – Bruun 1988 s. 195-196

¹⁹⁵ Valkonen 2006 s. 594-595. Nähdäkseni oikeudellisen yhteyden vaatimuksen osalta on merkittäväntä sen tiedostaminen, että suoraa sopimusta luovuttajan ja luovutuksensaajan välillä ei edellytetä. Esimerkiksi alihankkijaa

4.2.4 Identiteettinsä säilyttävän taloudellisen resurssikokonaisuuden muodostuminen

Kolmas liikkeenluovutussääntelyn soveltumisen pääedellytyksistä on se, että luovutettava yksikkö täyttää taloudellisen kokonaisuuden (jota kutsutaan myös toiminnalliseksi kokonaisuudeksi) määritelmälle asetettavat edellytykset ja säilyttää identiteettinsä. Identiteetin säilymistä koskeva vaatimus on kirjoitettu auki liikkeenluovutusdirektiivin 1 artiklan 1 b kohtaan. Sen mukaan direktiivissä tarkoitettuna luovutuksena pidetään *oman identiteettinsä säilyttävän taloudellisen yksikön luovuttamista, jolla tarkoitetaan pää- ja sivutoimisen taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi järjestettyä resurssikokonaisuutta*. EU-tuomioistuin totesi asiassa C-108/10 Scattolon, että ”sen määrittämiseksi, onko kyseessä direktiivin 77/187 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu yrityksen ”luovutus”, ratkaisevaa on se, säilyttääkö kyseinen yksikkö identiteettinsä sen jälkeen, kun se on siirtynyt uudelle työnantajalle.”¹⁹⁶

Määritelmä on peräisin asian C-24/85 Spijkers¹⁹⁷ perusteluista, jossa EU-tuomioistuin tarkasteli taloudellista identiteettiä koskevaa kysymystä ensimmäistä kertaa.¹⁹⁸ Kyseinen ratkaisu tarjoaa kansallisille tuomioistuimille perusteet sille, miten kysymystä kokonaisuuden identiteetin säilymisestä on arvioitava.¹⁹⁹ Oikeuskäytännössä keskeisimmäksi liikkeen luovutuksen kriteeriksi (ns. perusvaatimukseksi) onkin muodostunut se, että *luovutuksen kohde säilyttää identiteettinsä ja siirretään toimivana yksikönä eli on "going concern"*.²⁰⁰ Ratkaisevaa toimintakokonaisuuden identiteetin säilymisen arvioinnissa on luovutushetki. Luovutuksen jälkeiset luovuttajan suorittamat organisatoriset muutokset eivät vaikuta tähän arviointiin. Seuraavassa jaan direktiivin 1. b) kohdassa tarkoitettua luovutuksen kohdemäärittelyn kahteen osaan ja käsittelen erikseen 1) oman identiteettinsä säilyttävän taloudellisen yksikön muodostumista ja 2) miten tällainen yksikkö on luovutuksen jälkeen taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi järjestetty resurssikokonaisuus.

4.2.4.1 ”Oman identiteettinsä säilyttävä taloudellinen yksikkö”

Jozef Maria Antonius Spijkers työskenteli Colaris Abattoir -nimisessä yrityksessä teurastamon apulaisjohtajana. 27.12.1982 mennessä Colaroksen liiketoiminta oli lakkautettu ja koko teurastamo tiloineen, toimistoineen ja maa-alueineen myyty Benedik Abattoir -nimiselle yritykselle.

vaihdettaessa tai vuokrasuhteisiin liittyvissä järjestelyissä osapuolten välillä ei ole yleensä minkäänlaisia sopimuksia. Sen takia liikkeenluovutuksen mahdollisuus tällaisissa tapauksissa voi olla osapuolille usein yllättävää.

¹⁹⁶ Asia C-108/10 Scattolon, kohta 60

¹⁹⁷ Bowersin mukaan ratkaisua voidaan pitää sopivana alkupisteenä EU-tasaisen luovutuksen (transfer) määritelmän vaikutuksen kasvamiselle ja se on vaikuttanut kokonaisvaltaisesti koko määritelmää koskevaan lähestymistapaan. Bowers 2002 s. 404

¹⁹⁸ Kenner 2003 s. 344

¹⁹⁹ Barnard 2012 s. 591

²⁰⁰ Ratkaisussa KKO 1991:85 A Oy ja B Oy olivat päättäneet, että A yhtiö B:hen ja että niiden metsäosastot yhdistettiin jo ennen yhtymistä. Metsäosastojen yhdistämistä ei pidetty VTSL 7 §:ssä ja 40 §:n 2 momentissa tarkoitettuna liikkeen luovutuksena, koska A:n pelkkä metsäosasto ei käsittänyt sellaista toiminnallista kokonaisuutta, joka voitiin luovuttaa erikseen liikkeenä. Ään.

Helmikuun 1983 alusta Benedik Abattoir jatkoi teurastamon liiketoimintaa otettuaan palvelukseensa kaikki muut Colariksen työntekijät paitsi Spijkersin ja erään toisen. Liiketoiminta oli samanlaista kuin Colariksen siellä aikaisemmin harjoittama. Liikeomaisuuden luovuttaminen mahdollisti Colariksen toiminnan jatkamisen, vaikkakaan Benedik Abattoir ei ollut vastaanottanut Colariksen asiakaskuntaa. Spijkers esitti, että kyseessä oli ollut liikkeen luovutus. Asiaa koskevan ratkaisunsa perusteluissa EU-tuomioistuimien esitti, että liikkeen luovutuksen toteutumisesta arvioitaessa ratkaisevaa on se, säilyttääkö luovutuksen kohde identiteettinsä. Identiteetin säilymistä erityisesti osoittavana seikkana se totesi olevan liiketoiminnan tosiasiallinen jatkaminen tai uudelleen aloittaminen²⁰¹ ja esitteli luettelon luovutuksen kohdetta koskevista seikoista, jotka kansallisten tuomioistuinten pitäisi ottaa huomioon, ja suorittaa niiden perusteella luovutuskohdetta koskeva kokonaisarviointi, jonka perusteella todetaan, onko kohteen identiteetti säilynyt vai ei.²⁰² Identiteetin säilymisen arviointia koskevat kriteerit ovat: 1) Yrityksen tai liikkeen laatu 2) Yritykseen tai liikkeeseen liittyvän omaisuuden siirtyminen tai siirtymättä jääminen (rakennukset, irtaimisto) 3) Aineettomien oikeuksien arvo luovutushetkellä 4) Onko enemmistö työntekijöistä siirtynyt luovutuksensaajan palvelukseen 5) Onko asiakaskunta siirtynyt luovutuksessa 6) Uuden liiketoiminnan samankaltaisuuden aste verrattuna vanhaan toimintaan ja 7) Liiketoiminnan mahdollisen keskeytyksen kesto aika. Lisäksi, koska edellä mainitut perusteet ovat ratkaisun mukaan *vain erityisesti huomioon otettavia*, lisäksi tässä luetteloon seuraavan kohdan: 8) Muut arviointiperusteet.²⁰³ Tuomioistuin totesi, että yksikään em. kriteereistä ei ole sellaisenaan ratkaiseva, vaan kansallisen tuomioistuimen on *kokonaisharkinnalla ratkaistava luovutuksen tunnusmerkistön täyttyminen*.²⁰⁴ Ratkaisussa esitelty lähestymistapa antoi kansallisille tuomioistuimille erittäin laajan harkintavallan direktiivin tulkinnassa²⁰⁵. Painoarvon antaminen eri kriteereille vaihtelee yksittäistapauksellisesti harjoitetun liiketoiminnan ja kyseisen yrityksen, liikkeen tai liikkeen osan toimintatavan tai tuotantomenetelmien mukaan.²⁰⁶ Niiden

²⁰¹ Asia C-24/85 Spijkers, kohdat 10-12

²⁰² Malmberg 2003 s. 73

²⁰³ Asia C-24/85 Spijkers, kohta 13

²⁰⁴ ”kokonaisharkinta, jonka perusteella tulkintaratkaisut tehdään, ’sallii’ tuomioistuimen jäsenille varsin laajan harkintavallan, kuinka yksittäistapauksessa painottaa harkinnassa huomioon otettavia tosiseikkoja.” Tiitinen – Kröger 2008 s. 330

²⁰⁵ Malmberg 2003 s. 73

²⁰⁶ Valkosen mukaan Spijkers-kriteerit soveltuvat ennen kaikkea pääomavaltaisessa tuotantotoiminnassa tapahtuviin luovutuksiin ja että työvoimavaltaisilla aloilla luovutuksen kriteerit painottuvat toisin. Valkonen 2006 s. 601. Joka tapauksessa tuomioistuimilla on lähtökohtaisesti laaja harkintavalta luovutusarvioinnin kohteen ominaisuuksia arvioidessaan ja viimeaikaisen korkeimman oikeuden oikeuskäytännön perusteella voitaneen mielestäni kuitenkin arvioida, että niiden perusteella suoritetaan liikkeen luovutuksen toteutumista koskeva sisältöarviointi käytännössä yrityksen toimialasta riippumatta. Nyström on esittänyt, että Ne tosiseikat, jotka esitetään Spijkers-ratkaisussa sen ratkaisemiseksi, säilyttääkö luovutettu kokonaisuus identiteettinsä, hahmotellaan ensi kädessä ajattelemalla yksityistä sektoria ja voittoa tavoittelevaa toimintaa. Tietyillä kriteereillä on siksi vähäisempi merkitys, ja toisia voidaan soveltaa, kun arvioidaan julkisella sektorilla tapahtuvia siirtoja. Nyström 2002 s. 267-268

tarkoituksena oli antaa kansallisille tuomioistuimille avaimet *liiketoimintakokonaisuuden käsitteelliseen tunnistamiseen sekä luovutettavan liikkeen identiteetin säilymisen arviointiin luovutuksen jälkeen*.²⁰⁷

4.2.4.2 ”jolla tarkoitetaan pää- ja sivutoimisen taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi järjestettyä resurssikokonaisuutta”

Liikkeenluovutusdirektiivin 1 artiklan 1 b kohdan jälkimmäisessä osassa tarkennetaan identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden määritelmää. Oikeustapaukset ovat keskittyneet pääosin perinteisiin tilanteisiin, joissa yrityksen osa siirretään kokonaisuudessaan toiseen yritykseen. Näissä tilanteissa luovutetun yksikön voidaan olettaa usein säilyvän ”resurssikokonaisuutena”. Mutta mitä tapahtuu silloin, kun siirretty yksikkö organisoidaan uudelleen tai hajotetaan? Kysymys on askarruttanut erityisesti Saksalaisia tuomioistuimia, jotka ottivat näkökulmakseen sen, että jos yrityksen luovutetut osat menettivät itsenäisyytensä ja integroituiivat täysin vastaanottajan omaan yritystoimintaan, liikkeen luovutusta ei tapahtunut. Tämä lähtökohta olisi rajoittanut merkittävästi direktiivin tehokkuutta. Asiassa C-466/07 Klarenberg EU-tuomioistuin hylkäsi tämän näkemyksen. Se totesi, että ”direktiivin 2001/23 1 artiklan 1 kohdan b alakohdassa itsessään määritellään taloudellisen yksikön identiteetti viittaamalla ”pää- ja sivutoimisen taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi järjestettyyn resurssikokonaisuuteen” ja korostetaan näin luovutetun yksikön organisatorisen tekijän lisäksi myös yksikön taloudellisen toiminnan jatkamiseen liittyvää tekijää. - - jotta direktiiviltä 2001/23 ei evättäisi osittain sen tehokasta vaikutusta, edellä mainittua edellytystä ei ole tulkittava siten, että sillä edellytetään, että työnantajan luovutetuille tuotannontekijöille asettama erityinen organisaatio on säilytettävä, vaan että sillä edellytetään sen toiminnallisen yhteyden säilyttämistä, joka koskee näiden tuotannontekijöiden riippuvaisuutta toisistaan ja niiden toisiaan täydentävää luonnetta. - - Tällaisen toiminnallisen yhteyden säilyttäminen luovutettujen tuotannontekijöiden välillä mahdollistaa sen, että luovutuksensaaja voi käyttää näitä tuotannontekijöitä, vaikka ne luovutuksen jälkeen sisällytetäänkin uuteen ja erilaiseen organisaatorakenteeseen, samanlaisen tai vastaavanlaisen taloudellisen toiminnan jatkamiseksi”²⁰⁸ Ratkaisun perusteella vaikuttaisi siltä, että vaikka siirretty toiminta, joka luovuttajalla oli ennen luovutusta muodostanut taloudellisen kokonaisuuden (kuten omaisuus ja työvoima), integroitaisiin tiukasti hajauttaen vastaanottavan

²⁰⁷ Spijkers- ratkaisusta peräisin olevat, identiteetin säilymistä koskevat arviointiperusteet kirjoitetaan säännöllisesti auki myös korkeimman oikeuden ratkaisujen perusteluihin. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2002:54 todettiin muun muassa, että ”ratkaisevaa on näin ollen se, onko kysymys identiteettinsä luovutuksessa säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden luovutuksesta. - - Kuten EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ilmenee, sen arviointi, säilyttääkö yksikkö luovutuksessa identiteettinsä, edellyttää kussakin yksittäistapauksessa tehtävää kokonaisarviota, jossa otetaan huomioon kaikki sille ominaiset seikat. - - Seikkoja, jotka vaikuttavat sen arviointiin, säilyttääkö yksikkö luovutuksessa identiteettinsä, ovat etenkin se, minkä tyyppisestä yrityksestä tai liiketoiminnasta on kyse, onko aineellista omaisuutta luovutettu, aineettoman omaisuuden arvo luovutushetkellä, onko olennainen osa henkilökunnasta otettu uuden yrityksen palvelukseen, onko asiakaskunta siirtynyt, uuden liiketoiminnan samankaltaisuus vanhaan verrattuna ja toiminnan mahdollisen keskeytyksen kesto. Myös sellaiset seikat kuin organisaatio, toiminta, rahoitus, hallinto ja sovellettavat oikeussäännöt voivat olla taloudelliselle kokonaisuudelle ominaisia siten, että niiden muuttuminen yksikön luovutuksen yhteydessä merkitsee sen identiteetin muuttumista”.

²⁰⁸ Asia C-466/07 Klarenberg, kohdat 45-48

yrityksen rakenteisiin, sen osat olisivat edelleen linkittyneet toisiinsa ja siten ryhmittymä säilyttäisi identiteettinsä. Kyse olisi siis siitä, että vasta kun osatekijöiden välisen ”toiminnallisen yhteyden” katsottaisiin häviävän, kyseessä ei olisi sääntelyn tarkoittama liikkeen luovutus.²⁰⁹ Johtopäätöksensä Klarenberg- asiassa EU-tuomioistuin esitti, että ”direktiivin 2001/23 1 artiklan 1 kohdan a ja b alakohtaa on tulkittava siten, että kyseistä direktiiviä voidaan soveltaa myös tilanteeseen, jossa luovutettu yritys- tai liiketoiminnan osa ei säily organisatorisesti itsenäisenä, edellyttäen, että luovutettujen tuotannontekijöiden välinen toiminnallinen yhteys säilyy ja että tämän yhteyden ansiosta luovutuksensaaja voi käyttää näitä tuotannontekijöitä samanlaisen tai vastaavanlaisen taloudellisen toiminnan jatkamiseen.”²¹⁰

4.3 Kokonaisarviointi liikkeen luovutuksen toteutumisessa

Kokonaisarvioinnilla tarkoitetaan tuomioistuimen harkintaa siitä, ovatko järjestelyssä täyttyneet työnantajan vaihtumisen ja oikeudellisen yhteyden vaatimukset sekä taloudellisen kokonaisuuden ja identiteetin säilymisen edellytykset.²¹¹ Sen perusteella tuomioistuimen tehtävänä on vahvistaa, onko käsiteltävänä olevana yritysjärjestelyssä kyse liikkeen luovutuksesta.²¹² Kokonaisarvioon sisältyy myös työntekijöiden suojelua koskeva näkökulma, jonka mukaan rajatapauksissa on lähdettävä siitä, että arvioitaessa, onko kysymyksessä liikkeen luovutus vai toiminnan lopettaminen, olisi työ sopimuslain heikomman osapuolen suojelutarkoituksen mukaisesti lähdettävä siitä, että kysymyksessä on liikkeen luovutus, ellei erityisistä syistä ole päädyttävä vastakkaiseen lopputulokseen.²¹³

4.3.1 Liikkeen luovutuksen tunnistaminen – arviointiperusteiden kokonaisrakenne

Tarkoitukseni on seuraavassa esittää kaikki liikkeen luovutuksen toteutumiselta edellytettävät vaatimukset omilla tasoillaan sekä kuvailla, miten kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa luokitellut pääedellytykset ja Spijkers-ratkaisun arviointikriteerit suhtautuvat toisiinsa. Näiden osalta käytetyt jaottelut eivät ole olleet yhteneväisiä. Suurin osa kirjoittajista jakaa kuitenkin nykyään luovutuksen edellytykset kolmeen pääryhmään, jota kutsutaan tyypillisesti ”pääedellytyksiksi”. Seuraava taulukko perustuu nähdäkseni yleisempään tapaan esittää pääedellytyksinä 3 kriteeriä. Siinä välttämättöminä edellytyksinä on ”omalla tasollaan” esitetty 1) työnantajan vaihtuminen, 2) osapuolten välinen oikeudellinen yhteys ja 3) toiminnallisen kokonaisuuden luovutus ja luovutuksen kohteen identiteetin säilyminen.²¹⁴ Kohtaa 3 arvioidaan Spijkers-kriteerien perusteel-

²⁰⁹ Barnard 2012 s. 600

²¹⁰ Asia C-466/07 Klarenberg, kohta 53

²¹¹ Hietala – Kahri – Kairinen – Kaivanto 2008 s.99

²¹² Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2000:12 todettiin, että taloudellisen toiminnallisen kokonaisuuden luovutuksen arviointi edellyttää kussakin yksittäistapauksessa kaikkien tilanteen luonnetta selvittävien tosiseikastojen tarkastelua kokonaisuutena. Arviointiin vaikuttaviksi seikoiksi KKO luetteloi edellä kuvaillut seitsemän kriteeriä.

²¹³ Tiitinen – Saloheimo – Bruun 1989 s. 198.

²¹⁴ Ks. Tiitinen – Kröger 2008 s. 325, Valkonen 2006 s.593 ja Rautiainen – Äimälä 2007 s. 147

la. Niiden tarkempaa sisältöä selvitän kohta kohdalta jäljempänä. Alla kunkin laatikon otsikossa on mainittu pääedellytys ja alla kuvattu sen pääpiirteittäinen arviointisisältö.

1. Työnantajan vaihtuminen

- Edellytetään työnantajan perussubjektin muuttumista toiseksi eli työnantajan muuttumista A:sta B:ksi (esimerkiksi osakeyhtiö X muuttuu yhtiö Q:ksi)

2. Osapuolten välinen oikeudellinen yhteys

- Suoraa sopimussuhdetta ei vaadita, vaan oikeudellisen yhteyden vaatimus voi toteutua myös välillisesti esimerkiksi kolmannen osapuolen myötävaikutuksesta. Myös pelkästään vastaanottajan tietoisuus luovutustarkoituksesta saattaa riittää täyttämään edellytyksen.

3. Toiminnallisen kokonaisuuden luovutus - onko kyseessä luovutettavissa oleva resurssikokonaisuus ja säilyttääkö se identiteettinsä?

- Arviointi Spijkers-ratkaisusta peräisin olevien kriteerien perusteella. Ne ovat:
 - 1. Yrityksen tai liikkeen laatu
 - 2. Yritykseen tai liikkeeseen liittyvän omaisuuden siirtyminen tai siirtymättä jääminen
 - 3. Aineettomien oikeuksien arvo luovutushetkellä
 - 4. Onko enemmistö työntekijöistä siirtynyt luovutuksensaajan palvelukseen
 - 5. Onko asiakaskunta siirtynyt luovutuksessa
 - 6. Uuden liiketoiminnan samankaltaisuuden aste verrattuna vanhaan (*välttämätön luovutuksen edellytys*)
 - 7. Liiketoiminnan mahdollisen keskeytyksen kesto aika (*välttämätön luovutuksen edellytys*)

Kohdassa 3 mainitut, Spijkers- kriteeristöstä peräisin olevat uuden liiketoiminnan samankaltaisuuden aste ja liiketoiminnan mahdollisen keskeytyksen kesto aika ovat siis liikkeen luovutuksen välttämättömiä edellytyksiä.²¹⁵ Taulukossa kuvattu jaottelu johtaa siihen, että nämä ”pääedellytysten kolmijaon” ulkopuolelle jäävät kaksi kriteeriä lukeutuvat hieman erikoisesti ”kolmen pääedellytyksen, (jotka siis ovat luovutuksen kannalta välttämättömiä), ulkopuolisiksi välttämättömiksi kriteereiksi”. Tätä mallia voidaan nähdäkseni pitää oikeampana tapana esittää arviointiperusteet, koska se ei sekoita eri tasoille kuuluvia elementtejä toisiinsa. Jäljempänä olevassa taulukossa on esitetty viiden välttämättömän edellytyksen malli, jossa kriteerien perusta on tavallaan rikottu, koska siinä on irrotettu Spijkers-kriteeristöön kuuluvia taloudellisen kokonaisuuden muodostumista koskevia arviointiperusteita nostamalla ne pää- tai välttämättömiksi edellytyksiksi nimettyjen kriteerien tasolle.

²¹⁵ ”Kahta viimeksi mainittua edellytystä (yllä olevassa taulukossa kohdat 6 ja 7) lukuun ottamatta minkään muun yksittäisen kriteerin painoarvo ei ole sellainen, että kyseisen kriteerin täyttyminen tai puuttuminen olisi liikkeen luovutuksen ehdottomana edellytyksenä tai esteenä. Kyseiset kaksi edellytystä ovat identiteetin säilymisen kannalta välttämättömiä.” Valkonen 2006 s. 587. Toiminnan keskeytymättömyys ja samankaltaisuus ovat kuitenkin varsinaisesti toiminnallisen kokonaisuuden ja identiteetin säilymisen arvioinnin alakriteereitä ja siten, vaikkakin välttämättömiä, ovat tavallaan eri tasolla edellä mainittujen kanssa.

4.3.2 Oikeuskirjallisuuden toinen malli luovutusperusteiden arvioinnille

Liikkeen luovutusta koskevat välttämättömät edellytykset on tavattu esittää oikeuskirjallisuudessa myös hieman toisella tavalla²¹⁶. Silloin tyypillisimmin toiminnan keskeytymättömyys ja samankaltaisuus on mainittu kolmen pääedellytyksen rinnalla välttämättöminä edellytyksinä.

1. Työnantajan vaihtuminen

- Työnantajan perussubjektin muuttuminen toiseksi eli työnantajan muuttuminen A:sta B:ksi (esimerkiksi osakeyhtiö X muuttuu yhtiö Q:ksi)

2. Osapuolten välinen oikeudellinen yhteys

- Suoraa sopimussuhdetta ei vaadita, vaan oikeudellisen yhteyden vaatimus voi toteutua myös välillisesti esimerkiksi kolmannen osapuolen myötävaikutuksesta. Myös pelkästään vastaanottajan tietoisuus luovutustarkoituksesta saattaa riittää täyttämään edellytyksen.

3. Toiminnallisen kokonaisuuden luovutus - onko kyseessä luovutettavissa oleva resurssikokonaisuus ja säilyttääkö se identiteettinsä?

- Arviointi Spijkers-ratkaisusta peräisin olevien kriteerien perusteella. Ne ovat:
 - 1. Yrityksen tai liikkeen laatu
 - 2. Yritykseen tai liikkeeseen liittyvän omaisuuden siirtyminen tai siirtymättä jääminen
 - 3. Aineettomien oikeuksien arvo luovutushetkellä
 - 4. Onko enemmistö työntekijöistä siirtynyt luovutuksensaajan palvelukseen
 - 5. Onko asiakaskunta siirtynyt luovutuksessa

4. Uuden liiketoiminnan samankaltaisuuden aste verrattuna vanhaan

- Toiminnan on keskeisinä pidettäviltä osiltaan vastattava aikaisempaa. Siirtyvän toiminnan tavoite tai tarkoitus eivät saa poiketa merkittävästi luovuttajan toimintatavoista. Vähäiset muutokset eivät kuitenkaan estä sääntelyn soveltumista.

5. Liiketoiminnan mahdollisen keskeytyksen kesto aika

- Keskeytymisen aikaa arvioidaan sen syyn perusteella. Mikäli toiminnan keskeytyminen kohtuu esimerkiksi remontista, sallittu aika voi olla jopa kuukausia.

Yllä kuvatussa mallissa luovutukselle välttämättömät edellytykset ovat ”samalla tasolla” eikä taloudellisen kokonaisuuden arviointia koskeva harkinta sisältäisi sellaisia elementtejä, joiden välttämättömyyttä jouduttaisiin pohtimaan tavallaan tasoltaan erillisinä. Molempia esitystapoja

²¹⁶ Esimerkiksi Valkonen on aikaisemmassa tuotannossaan esittänyt välttämättömät edellytykset nykyään yleisessä käytössä olevaa kolmen pääedellytyksen kolmijakoa laajemmin, suunnilleen tarkoittamalla tavalla. Hänen mukaansa ”arvioinnissa voidaan viiden seuraavan edellytyksen yhtäaikaisen täyttymisen sanoa olevan välttämättömyyden säännöksen soveltamiselle. Näitä ovat 1) työnantajuuuden vaihtuminen, 2) oikeudellisesti merkittävä yhteys vanhan ja uuden työnantajan välillä, 3) sama tai samankaltainen toiminta, 4) toiminnan jatkuminen keskeytyksittä ja 5) luovutuksen kohteena tulee olla toiminnallinen kokonaisuus”. Valkonen 1999 s. 97-99. Hän on uudemmassa tuotannossaan kuitenkin hieman muuttanut arviointiperusteiden rakennetta koskevaa esitystapaansa lukien välttämättömiin edellytyksiin vain edellä kuvatut kolme edellytystä. Valkonen 2006 s. 586-587

voidaan mielestäni perustella, mutta koska jälkimmäinen malli tietyllä tavalla "rikkoo" perusteiden tasorakenteen, ensimmäinen kolmen pääedellytyksen malli on, vaikka ehkä epäselvempi sinänsä ymmärtää onkin, mielestäni perustellumpi tapa luovutuskäsitteen rakenteen esittämiseen. Lopputulos kumpaakin tapaa käytettäessä lienee sama. Seuraavassa tarkastelen asiassa C-24/85 Spijkers esitettyjä, luovutuskohteen identiteetin säilymistä koskevien arviointikriteerien sisältöä yksityiskohtaisesti pyrkien samalla osoittamaan niiden painoarvoa taloudellisen kokonaisuuden muodostumista koskevassa kokonaisarviointissa. Tätä esitystapaa puoltaa mielestäni myös se, että siinä toiminnallisen kokonaisuuden arvioinnin kriteerit ovat sellaisia, että minikä tahansa niistä puuttuminen ei automaattisesti johda sääntelyn soveltumattomuuteen, eli ne eivät ole luovutussääntelyn soveltumisen kannalta välttämättömiä, vaan niiden painoarvo identiteetin säilymisen kannalta määräytyy kohteen ominaisuuksien perusteella.

4.4 Yrityksen tai liikkeen laatu

EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntöä tarkastellen voidaan sanoa, että yrityksen tai liikkeen laadulle liikkeenluovutussääntelyn soveltumiskohteenä asetettu kriteeri on hyvin väljä. Sillä tarkoitetaan erään määritelmän mukaan ”luovutettavan yrityksen tai liikkeen toimialaa tai toimintojen luonnetta; niinkin, että ”jopa kyseisessä yrityksessä, liikkeessä tai liiketoiminnan osassa käytettyjen tuotantomenetelmien ja toimintatapojen” erot on otettava huomioon.²¹⁷ Edellä mainittu edellyttää melko pitkälle menevää analyysiä siis jopa tuotantomenetelmien suhteen. Yrityksen tai liikkeen laatua koskevan edellytyksen täyttyminen tällä tavalla tarkoittaa sitä, että yrityksen toimiala tai toiminnan luonne luovat ”arviointipohjan” muille Spijkers-kriteereille soveltumisharkinnan lopputulosta ajatellen. Saarinen on tyypitellyt yrityksen tai liikkeen laatua koskevia arviointiperusteita EU-tuomioistuimen antamien ratkaisujen perusteella seuraavasti: 1) liikkeenluovutusdirektiiviä voidaan soveltaa riippumatta siitä, onko yrityksellä taloudellista voittoa tavoitteleva tai pelkästään aatteellinen tarkoitus (asia C-29/91 Stifting) 2) liikkeenluovutusdirektiivi voi tulla sovellettavaksi myös tilanteissa, jolloin liike luovuttaa osan toimintoistaan, joihin ei lainkaan kuulu aktiivaomaisuutta (asia C-392/92 Schmidt, jossa tuomioistuin katsoi, että liikkeen luovutuksen käsite muodostuu kokonaisharkinnasta, jossa yhdellä kriteerillä (ratkaisussa aktiivaomaisuuden puuttuminen) ei ole ratkaisevaa merkitystä. 3) arvioitaessa taloudellisen kokonaisuuden käsitettä on otettava huomioon se, minkä tyyppisestä yrityksestä tai liikkeestä on kyse (asia C-13/95 Süzen). Erityisesti silloin, kun taloudellinen kokonaisuus voi tietyillä toimialoilla toimia ilman, että sillä olisi huomattavaa aineellista tai aineetonta omaisuutta, tällaisen kokonaisuuden identiteetin säilyminen ei voi riippua aktiivaomaisuuserien luovuttamisesta. Merkitystä ei ole myöskään sillä, ettei tietty toiminta ole yhteydessä yrityksen pää tavoitteen kanssa 4) liikkeenluovutusdirektiiviä ei sovelleta hallinnollisten tehtävien siirtoon

²¹⁷ Tiitinen – Kröger 2008 s.330

hallintoviranomaiselta toiselle (asia C-298/94 Henke) 5) mikäli kyseessä on ainoastaan määrätyn projektin siirtäminen urakoitsijalta toiselle, kyseessä ei ole liikkeen luovutus (direktiivin soveltaminen edellyttää, että kysymyksessä on tuotannon tekijöiden organisoidun kokonaisuuden siirtäminen ja toiminnan pitkäaikainen jatkaminen (asia C-48/94 Rygaard) 6) liikkeen luovutuksen käsitteen piiriin kuuluu tilanne, jolloin liiketoiminnan luovuttaa toimeksiantajan sopimuskumppanin alihankkija (asia C-51/00 Imzilyen ym.).²¹⁸

4.5 Yritykseen tai liikkeeseen liittyvän omaisuuden siirtyminen tai siirtymättä jääminen

EU-tuomioistuin on erottanut toisistaan kaksi yritystyyppiä: Ne, jotka ovat pääomavaltaisia ja ne, jotka eivät ole.²¹⁹ Pääomavaltaiten ja työvoimavaltaiten toimialojen välinen erottelu on ratkaisevassa asemassa sen suhteen, miten omaisuuden ja henkilöstön siirtymistä luovuttajalta luovutuksensaajalle arvioidaan.²²⁰ Työvoimavaltaisilla toimialoilla (aloilla, jotka perustuvat pääosin työvoimaan, kuten siivous-, vartiointi ja turvallisuuspalvelualoilla) pääoman siirtymisellä ei ole katsottu olevan ratkaisevaa merkitystä luovutuksen toteutumiselle. Tämä johtuu siitä, että kun kyse on työvoimavaltaisesta asiasta, työvoima muotoaa merkittävässä määrin kohteen identiteettiä.

Pääomavaltaisella alalla asia on toisin, koska pääoma on usein merkittävä kohteen identiteettiä muotoava tosiseikka. Toiminnalliseen kokonaisuuteen kuuluvat käyttö- ja vaihto-omaisuus siirtyvät niihin kuuluvine työntekijöineen kaupassa normaalisti sellaisenaan, mistä johtuu se, että tällaisessa normaalitilanteessa ei yleensä ilmene ongelmia liikkeen luovutuksen tunnistamisessa.²²¹ Pääomavaltaisen yrityksen kohdalla liikkeen luovutus voi toteutua vain, kun vastaanottajalle siirtyy merkittävä määrä aineellista tai aineetonta omaisuutta.²²²

4.5.1 Omaisuuden siirtyminen työvoimavaltaisella toimialalla

Asiassa C-173/96 Hidalgo EU-tuomioistuin totesi, että ”Vaikka liiketoimintakokonaisuuden onkin oltava riittävän organisoitu ja itsenäinen, se ei välttämättä käsitä huomattavaa aineellista tai aineetonta omaisuutta. Joillakin talouden toimialoilla, kuten siivous- ja vartiointialalla, nämä

²¹⁸ Saarinen 2003 s. 475-476. Luettelo sisältää useita kysymystä selventäviä rajanvetoja. Kysymys on siis toisaalta siitä, minkälainen yritys, liike tai tällaisen osa voi täyttää sääntelyn soveltumisedellytykset ja toisaalta siitä, että riippuen yritysjärjestelyosapuolista ja näiden ominaisuuksista (lähinnä luovuttajan toimiala) taloudellisen kokonaisuuden arvioinnille asetettavat kriteerikohtaiset painoarvot vaihtelevat näiden ominaisuuksien mukaan.

²¹⁹ Barnard 2012 s. 596

²²⁰ Tähän tarkasteluun yhdistyy samalla osittain pääpiirteittäinen henkilöstön siirtymistä koskeva kriteeri, koska niiden painoarvo luovutuksen toteutumisarvioinnissa riippuu keskeisesti siitä, kumpaan näistä yrityksen toiminta voidaan luokitella. Pääomavaltaiten ja työvoimavaltaiten väliin sijoittuvia toimialamuotoja (jollaisia koskevia suurin osa järjestelyistä lienee) koskeva arviointi on luonnollisesti hankalampaa, ja edellyttää laajemmin myös muiden arviointiperusteiden huomioon ottamista.

²²¹ Valkonen 2006 s. 614-616

²²² Barnard 2012 s. 596 ja alaviitteet 144 ja 145

osatekijät ovat nimittäin usein merkityksettömiä ja liiketoiminta rakentuu pääosin työvoiman varaan. Erityisesti ja pysyvästi johonkin yhteiseen tehtävään osoitettu organisoitunut työntekijäryhmä saattaa ilman muita tuotannontekijöitäkin muodostaa tässä tarkoitetun liiketoimintakokonaisuuden.”²²³ Liikkeen luovutusta ei silloin estä se, että luovutukseen ei kuulu lainkaan omaisuutta, koska irtaimiston tai välineiden luovuttamisella ei ole olennaista merkitystä toiminnan jatkamiselle taloudellisena kokonaisuutena.²²⁴ Asiassa C-13/95 Süzen EU-tuomioistuim katsoi, että ” vaikka omaisuuserien luovutus on niiden erilaisten perusteiden joukossa, jotka kansallisen tuomioistuimen on otettava huomioon arvioidessaan, onko asiassa tosiasiallisesti tapahtunut yrityksen luovutusta, tällaisten erien luovutuksen puuttuminen ei välttämättä merkitse sitä, ettei kyseessä olisi yrityksen luovutus. - - siltä osin kuin tietyillä työvoimavaltaisilla toimialoilla yhteisen toiminnan piirissä pysyvästi työskentelevien työntekijöiden ryhmä voi vastata taloudellista kokonaisuutta, on myönnettävä, että tällainen kokonaisuus voi säilyttää identiteettinsä luovutuksen jälkeenkin, kun uusi työnantaja ei pelkästään tyydy jatkamaan kyseistä toimintaa vaan kun se myös ottaa palvelukseensa sekä lukumääräisesti että pätevyyden osalta olennaisen osan siitä henkilökunnasta, jonka sen edeltäjä oli erityisesti osoittanut hoitamaan tätä toimintaa.”²²⁵

4.5.2 Omaisuuden siirtyminen pääomavaltaisella toimialalla

Pääomavaltaisilla toimialoilla omaisuuden siirtymistä luovutuksen yhteydessä koskeva arviointi painottuu usein toisin. Pääomavaltaisella toimialalla koneiden ja tarvittavien työvälineiden luovutus sillä tarkoituksella, että luovutuksensaaja voisi jatkaa kyseisillä tuotantovälineillä samaa toimintaa, voi olla merkittävänä indisiona identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden luovuttamisesta.²²⁶ Pelkän käyttö- tai vaihto-omaisuuden luovuttaminen ei kuitenkaan konstituoii liikkeen luovutusta, eikä vaihto-omaisuuden myyminen yksinään muutoinkaan osoita, että kyseessä olisi liikkeen luovutus.²²⁷ Saarinen on muotoillut asian siten, että direktiivin tarkoittamasta liikkeen luovutuksesta ei ole kysymys, mikäli yritys luovuttaa toiselle ainoastaan aktiivaomaisuutta. Toisaalta aineellisten tai aineettomien tuotantovälineiden luovuttaminen ei ole liikkeen luovutuksen edellytyksenä, kun on kysymys palveluita tuottavasta yrityksestä.²²⁸ On

²²³ Asia C-173/96 Hidalgo, kohta 26

²²⁴ Valkonen 2006 s. 615. Lisäksi esimerkiksi yhdistetyissä asioissa C-171/94 ja C-172/94 Merckx ja Neuhuys direktiivin katsottiin soveltuvan järjestelyyn, jossa ei siirtynyt lainkaan varoja. Ks. myös Saloheimo 1995 s. 67

²²⁵ Asia C-13/95 Süzen, kohdat 17 ja 21

²²⁶ Mikäli yritys on kuitenkin myynyt kerralla tai eri kauppa-kirjoilla vain sellaisia käyttö- tai vaihto-omaisuuseriä, joiden myymisen jälkeenkin se voi jatkaa häiriöttä aikaisempaa liiketoimintaansa, kyse ei ole liikkeen luovutuksesta. Ostajan motiivina on voinut olla esim. saada käyttö- tai vaihto-omaisuuserä edelleen myyntiin, ja tarve hyödyntää kyseistä omaisuutta osana samaa tai samankaltaista liiketoimintaa on tällöin puuttunut. Valkonen 2006 s. 615

²²⁷ Valkonen 1999 s. 111. Yksittäisen vetoauton myyntiä yrittäjälle veroauton kontin ja perävaunun jäädessä edelleen luovuttajan omistukseen muun kaluston ohella, ei ole pidetty liikkeen luovutuksena, koska luovutus muodosti vain pienen osan luovuttajan harjoittamasta kuljetusliiketoiminnasta. IHO 22.6.2004 S 03/327. Tuomiossa RHO 11.4.2003 S 02/445 yhtiön ei katsottu yhden kuljetusauton myynnillä luovuttaneen muusta toiminnastaan erottuvaa erillistä osaa tai liiketoimintakokonaisuutta.

²²⁸ Saarinen 2003 s. 475.

kuitenkin huomattava, että omaisuuden siirtyminen tai siirtymättä jääminen ei ole olennaista, ellei sillä ole merkitystä yrityksen siirtymiselle ”as going concern”. Asiassa C-172/99 Oy Liikenne Ab EU-tuomioistuin totesi, että ”Säännöllisen julkisen linja-autoliikenteen kaltaisella alalla, jossa aineellinen omaisuus on toiminnan harjoittamisen kannalta merkittävä tekijä, se, ettei tällaista omaisuutta, joka on välttämätöntä taloudellisen kokonaisuuden asianmukaiselle toiminnalle, ole merkittävässä määrin siirtynyt hankintasopimuksen aiemmalta sopimuspuolelta uudelle, merkitsee, ettei kokonaisuuden voida katsoa säilyttävän identiteettiään.”²²⁹

Voitaneen arvioida, että pääomavaltaisella alalla taloudellisen toiminnan kannalta välttämättömän ja merkittävän omaisuuden siirtymättä jääminen indikoi vahvasti sitä, että liikkeen luovutusta koskeva sääntely ei sovellu järjestelyyn. Aineellisen omaisuuden siirtymisellä on huomattavasti painavampi merkitys kokonaisharkinnassa, kuin työvoimavaltaisilla aloilla. Omaisuuden luovuttamisen toteuttamistavalla ei ole ratkaisevaa merkitystä arvioinnin kannalta ja se voidaan toteuttaa myös kolmannen välityksellä. Merkitystä ei ole siltäkään, että omaisuus on ollut kolmannen tahon omistama ja vain käyttöoikeuden perusteella vanhan yrittäjän hallinnassa.²³⁰ Se, etteivät uuden yrittäjän käyttöön ottamat aineelliset tuotantovälineet ole sen edeltäjän omaisuutta vaan että toimeksiantaja antaa ne sen käytettäväksi, ei sulje pois sitä, että kyse saattaa olla on liikkeen luovutuksesta.²³¹ Ratkaisevaa merkitystä ei ole myöskään sillä, onko aineellisten tuotantovälineiden omistaja vaihtunut vai ei. Näiden omistajuus ei vaikuta siihen, ketä on pidettävä työnantajana.²³²

4.6 Aineettomien oikeuksien arvo luovutushetkellä

Kun lähdetään suorittamaan omaisuustyyppien erottelua palvelutyyppisillä aloilla liikkeen luovutussääntelyn soveltumisarvioinnin näkökulmasta, huomio painottuu aineettomien omaisuuserien, kuten erityisesti goodwillin tai asiakassuhteiden siirtymisen tai siirtymättä jäämisen

²²⁹ Asia C-172/99 Oy Liikenne Ab, kohta 42. Pääkaupunkiseudun yhteistyövaltuuskunnan järjestämässä seutuliiikenteen harjoittamisen kilpailuttamisessa hävinnyt kuljetusliike irtisanoi tarjouskilpailun ratkettua 45 kuljettajaa, joista voittanut Liikenne Oy palkkasi 33. Lisäksi Liikenne Oy vuokrasi hävinneeltä yhtiöltä kaksi linja-autoa 2-3 kuukaudeksi sekä lunasti palkattujen kuljettajien virkapuvut. Näkisin, että tilannetta olisi voitu mahdollisesti arvioida toisin, jos tarjouskilpailun voittanut yritys olisi ostanut hävinneeltä tämän käytössä olleen kuljetuskaluston. Ks. myös tapaus Ask E 3/96 (Efta-tuomioistuin), jossa oli kysymys huoltoyrityksen vaihtumisesta öljynporauslautalla. EFTA-tuomioistuin katsoi lausunnossaan, että kyse ei ollut liikkeen luovutuksesta, koska tapauksessa ei luovutettu huomattavassa määrin materiaalista tai immateriaalista omaisuutta. Ks. myös Ruotsin työtuomioistuimen ns. Swebus-tapaus (AD 163/1995, 20.12.1995), jossa otettiin samaan tapaan huomioon liikkeenluovutusdirektiivi ja EY-tuomioistuimen oikeuskäytäntö. Ratkaisujen samankaltaisuus indikoi mielestäni ainakin jossain määrin direktiivejä koskevan oikeusjärjestysten lähentämistarkoituksen toimivuutta.

²³⁰ Valkonen 1999 s. 121 ja alaviitteet 151 ja 152

²³¹ Asia C-340/01 Abler, kohta 42, jossa EU-tuomioistuin totesi, että ”Se, etteivät uuden yrittäjän käyttöön ottamat aineelliset tuotantovälineet olleet sen edeltäjän omaisuutta vaan että toimeksiantaja oli antanut ne sen käytettäväksi, ei siis voi sulkea pois sitä, että kyse on direktiivissä 77/187/ETY tarkoitetusta liikkeen luovutuksesta.”

²³² Valkonen 2006 s. 600

arviointiin.²³³ Aineettomia hyödykkeitä voivat olla esimerkiksi erilaiset patentti- ja hyödyllisyysmallioikeudet, lisenssisopimukset, tekijänoikeudet, goodwill sekä tietotaito.²³⁴ Mikäli tällaisten aineettomien oikeuksien mukana siirtyy lisäksi määrällisesti tai laadullisesti (olennainen) osa työntekijöistä, lisää tämä liikkeen luovutuksen olemassaolon todennäköisyyttä.²³⁵ Asiassa C-234/98 Allen EU-tuomioistuin totesi, että ”toimialoilla, joita ei voida pitää erityisen työvoimavaltaisina, aineettoman omaisuuden merkitys on yleensä toissijainen, koska toiminta edellyttää tällöin vaihtoehtoisesti huomattavaa kalustoa tai laitteistoa.”²³⁶ Myös oikeuskirjallisuudessa on todettu aineettoman omaisuuden siirtymisen olevan palvelualoilla aineellisen omaisuuden siirtymistä merkittävämpi kriteeri arvioitaessa, onko liike tai sen osa luovutettu.²³⁷ Yritysten immateriaalisen omaisuuden tai työvoimavaltaisen yrityksen ns. henkisen pääoman (intellectual capital) siirtyminen avainhenkilöiden mukana uudelle työnantajalle voi myös olla riittävää täyttämään kohteen identiteetin säilymistä koskevan vaatimuksen ja säilyttämään liikkeen toimivana kokonaisuutena luovutustapahtumassa. Tämä edellyttää kuitenkin sitä, että luovutuksensaajalla on tavoitteena hankkia luovutuksella tällaista osaamispäämaa.²³⁸ Sen sijaan toimialoilla, joita ei voida pitää erityisen työvoimavaltaisina, aineettoman omaisuuden merkitys on yleensä toissijainen, koska toiminta edellyttää huomattavaa kalustoa ja laitteita.²³⁹

4.6.1 Hankinta- ja lisenssisopimukset aineettomina omaisuuserinä

Merkittävän erän aineetonta omaisuutta muodostavat usein erilaiset hankintasopimukset. Valkonen on muotoillut asian melkoisen pitkälle menevästi siten, että ”liikkeen luovutuksen kohteena voivat olla esim. erilaiset luovutettavissa olevat käyttöoikeudet tai palvelusopimukset.”²⁴⁰ Kyse on kuitenkin nähdäkseni pikemminkin siitä, että mikäli toiminta perustuu keskeisiltä osin esimerkiksi tietyn lisensoidun tuotteen jälleenmyyntiin, tuon oikeuden siirtyminen yritysjärjes-

²³³ Ratkaisussa KKO 1999:70 oli kysymys taksiyhtiön harjoittaman ajotilausten välitystoiminnan siirtämisestä uudelle yhtiölle. Korkein oikeus päätyi tuomiossaan siihen, että kysymys oli liikkeen luovutuksesta. Ratkaisua perusteltiin sillä, että toiminnan luonne ja tavoite sekä asiakaskunta olivat säilyneet entisellään ja toimintaa oli myös jatkettu välittömästi vanhan välitysyhtiön luovuttua toiminnasta. KKO viittasi siihen, että tilausten välitystoiminnassa oli tapahtunut muutoksia mm. tekniikan ja toimialueen osalta. Toiminnan identiteetti oli siten säilynyt, vaikka olennaista kiinteää tai irtainta liikeomaisuutta ei ollut siirtynyt. Ratkaisevaa oli kuitenkin kokonaistilanteen arviointi, jolloin on otettava huomioon kaikki toimenpiteen luonnetta selvittävät tosiseikat, mm. se, millaisesta yrityksestä ja liiketoiminnasta on kysymys.

²³⁴ Saarinen 2003 s.477

²³⁵ Ibid.

²³⁶ Asia C-234/98 Allen, kohta 30

²³⁷ Palvelutyypisillä aloilla merkityksellistä on nimenomaan aineettomien omaisuuserien, kuten erityisesti goodwillin, siirtyminen tai siirtymättä jääminen. Elleivät ne ole siirrettävissä taikka, jos jostakin tuotannonantajasta halutaan nimenomaisesti luopua, ratkaisevaa saattaa olla, siirtykö luovutuksensaajalle kuitenkin oikeus harjoittaa asianomaista palvelulinkeino. Jos tämä oikeus säilyy edelleen luovuttajalla, resurssikokonaisuuskaan ei siirry. Valkonen 2006 s. 599. Tämä liittyy siihen, että erityisesti palvelualoilla aineellisen omaisuuden merkitys toiminnallisen kokonaisuuden arvioinnissa voi olla vähäinen tai sitä ei välttämättä ole ollenkaan ja toimintaa liittyvä omaisuus voi usein olla erilaista lisenssityypistä immateriaalista omaisuutta.

²³⁸ Kairinen 2009 s. 286

²³⁹ Ks. mm. asiat asia C-234/98 Allen, kohta 30, jossa tämä todetaan kaivoskäytävien louhinnan osalta ja asia C-172/99 Oy Liikenne Ab, kohta 39, jossa se todetaan linja-autokuljetusten osalta.

²⁴⁰ Valkonen 2006 s. 589

telyssä vastaanottajalle on *merkittävä edellytys kohteen identiteetin säilymisen kannalta*. Mikäli sellainen jää siirtymättä, sillä saattaa olla ratkaiseva vaikutus sille, että kohteen identiteetin ei katsottaisi säilyvän. Yhdistetyissä asiassa C-171/94 ja C-172/94 Merckx ja Neuhuys oli kysymys ajoneuvojen jälleenmyyntioikeuden haltijan toiminnan lopettamisesta sekä tälle aikaisemmin kuuluneen moottoriajoneuvojen jälleenmyyntioikeuden siirtymisestä toiselle haltijalle, joka otti palvelukseensa 14 vanhan työnantajan 64 työntekijästä. Merckx ja Neuhuys kieltäytyivät työskentelemästä toisella paikkakunnalla sijaitsevan toisen yrityksen palveluksessa erilaisissa työoloissa ilman pienintäkään taetta asiakunnan säilymisestä ja tietyn myyntituloksen saavuttamisesta. Tuomioistuin totesi ratkaisussaan, että ”direktiivin 1 artiklan 1 kohtaa on tulkittava niin, että sen soveltamisalaan kuuluu tilanne, jossa määrättyä aluetta koskevan moottoriajoneuvojen jälleenmyyntioikeuden haltijana oleva yritys lopettaa toimintansa ja jossa jälleenmyyntioikeus luovutetaan toiselle yritykselle, joka ottaa osan henkilökunnasta palvelukseensa ja jonka asiakaskunta kasvaa, vaikka sille ei luovutetakaan varoja.”²⁴¹ Ratkaisussa lisenssisopimuksen siirtymättä jääminen olisi saattanut johtaa siihen, että kyse ei olisi ollut toiminnallisen kokonaisuuden luovuttamisesta, koska traktorien myynti ja huolto olivat käytännössä koko toiminnan perusta. Toisentyyppisellä palvelutoimialalla voitaneen puolestaan arvioida, että vaikka lisenssisopimus ei olisi siirtynyt, kyseessä olisi silti saattanut olla liikkeen luovutus, koska luovutuksen kriteerit olivat toteutuneet tapauksessa laajasti (toiminnan välitön jatkaminen, työntekijöiden siirtyminen ja liiketoiminnan samanlaisuus).²⁴²

4.6.2 Aineettoman omaisuuden siirtymisen toimialakohtaisesta arvioinnista

Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että goodwillin tai sen osan ja yrityksen nimen taikka toimintilojen luovutukset saattavat tulla arvioitaviksi liikkeen luovutuksina, vaikka mitään aineellista omaisuutta ei siirry. Jos goodwill ei siirry, vaikka se olisi siirrettävissä, se on palvelutoiminnassa

²⁴¹ Yhdistetyt asiat C-171/94 ja C-172/94 Merckx ja Neuhuys, kohta 32. Samantyyppisessä ratkaisussa KKO 1989:78 osakeyhtiö A oli harjoittanut traktorimyntisopimuksen nojalla traktoreiden myyntiä ja huoltotoimintaa. Osakeyhtiö oli luopuessaan traktorimyntisopimuksesta lopettanut kokonaan traktoreiden myyntiä ja huoltoon liittyvän liiketoimintansa ja sopinut kommandiittiyhtiö B:n kanssa traktorimyntisopimuksen toteuttamisessa tarvittavan kaluston ja vaihto-omaisuuden myynnistä kommandiittiyhtiölle. Osakeyhtiö oli irtisanonut viiden työntekijän työsopimukset, mutta irtisanomiset oli myöhemmin peruutettu ja työsuhteiden oli selitetty jatkuvan ennallaan luovutettaessa liiketoiminta kommandiittiyhtiölle. B ryhtyi välittömästi toisessa toimipaikassa harjoittamaan samaa liiketoimintaa ja otti palvelukseensa vanhan yrittäjän työntekijät. Asianhaaroista voitiin päätellä, että luovutussopimus oli tehty sillä edellytyksellä, että uusi traktorimyntisopimus tehdään kommandiittiyhtiön kanssa osakeyhtiön luopuessa omasta piiriedustussopimuksestaan, eikä pelkästään sillä, että kommandiittiyhtiö oli jatkanut liiketoimintaa toisessa toimipaikassa, ei ollut asiassa merkitystä. Osakeyhtiön traktoreiden myynti- ja huolto-toiminta oli VTSL 7§:n 2 momentin tarkoittamalla tavalla luovutettu kommandiittiyhtiölle.

²⁴² Ratkaisussa KKO 2000:7 liikkeen luovutuksen tunnusmerkistön soveltumista perusteltiin yhtiön toiminnalle tarpeellisen aineellisen ja aineettoman omaisuuden sekä yhtiön asiakaskunnan siirtymisellä. Aineettomaan omaisuuteen katsottiin kuuluvan mm erilaisia sopimuksia, käyttöoikeuksia sekä ”joustoturva”- ja ”yritysjousto” – tavaramerkit. Ratkaisussa KKO 2001:49 oli kysymys hotellin yhteydessä olleen ravintolan toiminnan jatkamisesta. Entisen ja uuden vuokralaisen välillä ei ollut tehty mitään sopimusta, mutta KKO katsoi identiteetin säilyneen tästä huolimatta. Tuomioistuin perusteli päätöstään mm. sillä, että uusi ravintolanpitäjä *sai säilyttää samat kaupalliset tunnukset (nimen ja vuokranantajan hotellia koskevan logon)*, sai saman asiakaskunnan ja *saattoi käyttää sitä goodwillia hyväkseen, joka liittyi kyseiseen ravintolaan*.

vahva osoitus siitä, ettei liikettä ole luovutettu.²⁴³ Olennaista on kyseisen toiminnan harjoittamiseen liittyvän ja toimintakokonaisuuteen kohdistuvan *riskin* siirtyminen uudelle yrittäjälle. Riskin siirryttyä luovuttaja ei enää kilpaile luovutuksensaajan kanssa samalla toiminnalla. Mikäli luovuttaja jatkaa edelleen samanlaista, mutta luovutuksesta erotettua toimintaa, ei liikettä ole tältä osin luovutettu. Toimintariski on muun toiminnan luovutuksesta huolimatta edelleen hänellä.²⁴⁴ Aineettomien oikeuksien arvolle luovutushetkellä on oikeuskäytännössä annettu lähinnä marginaalista merkitystä. Joissakin ratkaisuissa on kuitenkin otettu kantaa aineettomien hyödykkeiden arvoon ja niiden merkitykseen harkittaessa, onko kyseessä liikkeen luovutus.²⁴⁵ Mikäli tällaisten aineettomien oikeuksien mukana siirtyy määrällisesti ja laadullisesti olennainen osa työntekijöistä, lisää tämä liikkeen luovutuksen tunnusmerkistön toteutumisen todennäköisyyttä.

4.7 Onko enemmistö työntekijöistä siirtynyt luovutuksensaajan palvelukseen?

Henkilöstön siirtymistä koskeva arviointikriteeri on vahvasti sidoksissa yrityksen toimialaa koskevaan arviointiin, jonka perusteella sen toteutumista arvioidaan keskeisimpänä kriteerinä yhdessä omaisuuden siirtymisen kanssa. Henkilöstön siirtymistä koskevan arviointikriteerin osalta työsuhteiden siirtymistavalla ei ole merkitystä luovutuksen tulkintaan. Työsuhteet siirtyvät liikkeen luovutuksessa yleensä sellaisinaan jo järjestelyn osapuolten välisen sopimuksen perusteella käyttö- ja vaihto-omaisuuden kaupassa, mutta ne voivat siirtyä myös erillisessä hakumenettelyssä, jonka vastaanottava yritys järjestää.²⁴⁶

4.7.1 Siirtyvän henkilöstön määrästä ja laadusta

Pelkästään sillä seikalla, kuinka monta työntekijää lukumääräisesti siirtyy uudelle yritykselle, ei ole itsenäistä merkitystä. Ratkaisevaa liiketoimintakokonaisuuden muodostumisessa on se, tarvitseeko uusi yrittäjä *in abstracto* työntekijöitä tekemään samaa tai samanlaista työtä. Tällainen työvoiman tarve ilmenee usein siinä, palkkaako uusi yrittäjä entisen yrittäjän avainhenkilöitä, kuten esimiehiä tai erityisammattitaitoa tai –osaamista omaavia työntekijöitä palvelukseensa.²⁴⁷ Varsinkin jos siirtyneen liiketoiminnan harjoittaminen edellyttää sitä, että uusi yrittäjä palkkaa luovuttajan tärkeimmät ns. avainhenkilöt palvelukseensa, ei hän yleensä voi jättää ottamatta

²⁴³ Pelkästään esimerkiksi toimiluvan siirtyminen toiselle yritykselle ei osoita liikkeen luovutuksen tapahtuneen, mikäli liiketoiminta (liiketoiminnan tuotot, goodwill), kuuluu tosiasiaa edelleen toiselle. Elleivät ne ole siirrettävissä taikka, jos jostakin tuotannontekijästä halutaan nimenomaisesti luopua, ratkaisevaa saattaa olla, siirtyykö luovutuksensaajalle kuitenkin oikeus harjoittaa asianomaista palveluelinkeinoja. Jos tämä oikeus siirtyy, resurssikokonaisuuskaan ei siirry. Valkonen 2006 s. 615

²⁴⁴ Valkonen 2006 s. 615

²⁴⁵ KKO 1999:70, KKO 2000:7 ja KKO 2001:49

²⁴⁶ Valkonen 1999 s. 115

²⁴⁷ Valkonen on todennut, että ”jollei kenelläkään siirtyneellä työntekijällä ole sen sijaan ollut liikkeen identiteettiä antavaa erityisasiantuntemusta tai johtavaa asemaa, kyse ei useinkaan ole liikkeen luovutuksesta. Identiteetin säilymistä saattaa toiminnan luonteesta ja laadusta riippuen toisaalta osaltaan osoittaa rutiiniluonteisessa työssä myös työntekijöiden olennaisen osan siirtyminen uuden yrittäjän palvelukseen”. Valkonen 2006 s. 615

muitakaan työntekijöitä palvelukseensa, koska luovutuksen tunnusmerkistö voi tällaisessa tilanteessa täyttyä jo ydintyövoiman rekrytoinnilla.²⁴⁸ Taloudellisen kokonaisuuden muodostuminen ei välttämättä edellytä, että henkilöstöllä tulisi olla hoidettavan työn kannalta erityistä osaamista tai tietotaitoa, vaan kysymys voi olla normaalista rutiinistyöstä.²⁴⁹ Mikäli siirtyvällä työntekijällä on liikkeen jatkamisen kannalta välttämätöntä knowhowta, voi erityisesti tällaisen työntekijän tai työntekijöiden siirtyminen tulla arvioitavaksi liikkeen luovutuksena.²⁵⁰ Työntekijällä saattaa olla esimerkiksi liikkeen pysyvän ja häiriöttömän jatkamisen kannalta välttämättömät kontaktit asiakkaisiin (toiminta saattaa perustua esimerkiksi siihen, että asiakkaat osaavat ottaa kontaktin tiettyyn henkilöön). Muulloin liiketoimintakokonaisuuden tunnistamisen arvioinnissa on merkitystä sillä, kuinka olennaisen osan liiketoiminnan turvaamisen kannalta siirtyvä (tai siirtymättä jäävä) henkilöstö muodostaa.²⁵¹ Kysymys voi olla, että pelkästään avainhenkilöt täyttävät työn asettamat vaatimukset uuden yrittäjän palveluksessa. Toisaalta pelkästään se, että esim. työnjohto ei siirry, ei estä toimenpiteen arvioimista liiketoiminnan luovutuksena.²⁵²

Henkilöstön siirtymisen osalta vuokratyössä voidaan todeta, että henkilöstön siirtäminen työvoiman vuokrausyrityksestä toiseen vuokrausyritykseen tekemään samoja tehtäviä samanlaisten asiakkaiden hyväksi kuuluu direktiivin soveltamisalaan. Asiassa C-458/05 Jouini EU-tuomioistuimien totesi, että ”se seikka, että vuokratyöntekijät on sijoitettu sen asiakkaan organisaatiorakenteeseen, jonka käyttöön heidät on osoitettu, ei sellaisenaan voi estää toteamasta taloudellisen yksikön luovutusta. Nämä työntekijät ovat nimittäin edelleen olennaisia tekijöitä, joita ilman henkilöstöä vuokraavan yrityksen olisi lähtökohtaisesti mahdotonta harjoittaa toimintaansa. Lisäksi se, että he ovat - - sidoksissa työsuhteella henkilöstöä vuokraavaan yritykseen, ja se, että tämä maksaa heille suoraan palkkaa, vahvistaa heidän liittymänsä kyseiseen henkilöstöä vuokraavaan yritykseen ja näin ollen heidän panoksensa siihen sisältyvän taloudellisen yksikön olemassaoloon.”²⁵³

²⁴⁸ Valkonen 2006 s. 609 Hän tarkoittanee tällä sitä, että mikäli liikkeen luovutuksen tunnusmerkistön katsotaan toteutuneen jo ydintyövoiman rekrytoinnilla, muun henkilöstön ”palkkaamatta jättäminen” johtaisi ongelmiin koska he olisivat siirtyneet uuden työnantajan palvelukseen näin toteutuneen liikkeen luovutuksen myötä.

²⁴⁹ Pätevyyttä arvioidaan suhteessa hoidettavaan resurssikokonaisuuteen. Mikäli toimintaa ei olisi kyetty keskeyttämään hoitamaan samanlaisena ilman siirtyvää henkilökuntaa, kyseessä on vahva indisio siitä, että kyseessä on liikkeen luovutus. Valkonen 2006 s. 612

²⁵⁰ Saarisen mukaan, mikäli liiketoiminnan jatkaja ottaa palvelukseensa suuren prosenttiosuuden erityistä ammattitaitoa omaavista työntekijöistä, tukee tällainen menettely olettamusta, että kysymyksessä on liiketoiminnan jatkaminen direktiivissä tarkoitetulla tavalla. Kun kysymys on sellaisista työntekijöistä, joilta ei vaadita erityistä kokemusta tai erityistä tietoa, ei tällaisten työntekijöiden vastaanotto jatkavassa yrityksessä ole niin olennainen kriteeri liikkeen luovutusta harkittaessa kuin silloin, kun kysymyksessä on erityistä ammattitaitoa vaativasta henkilöstöstä

²⁵¹ Valkonen 1999 s. 117 – 118. Valkonen tarkoittanee sitä, että siirtyvän henkilöstön laatua arvioidaan suhteessa määrään – asiantuntevuus siten, että mitä asiantuntevampaa ja toiminnan häiriöttömän jatkumisen kannalta välttämättömämpää siirtyvä henkilöstö on, sitä vähemmän siirtyjiä edellytettäisiin, jotta liiketoimintakokonaisuuden määritelmä täyttyy.

²⁵² Valkonen 2006 s. 613.

²⁵³ Asia C-458/05 Jouini ym., kohta 36. Työnantajavastuun siirtyminen on merkittävä luovutusarviointiin vaikuttava tekijä. Mikäli toimeksisajalle ei siirry työnantajavastuuta, vaan työntekijät tekevät edelleen työtään omalle työnantajalleen, kyse ei ole toiminnallisen kokonaisuuden luovutuksesta. Se, että toimeksisajaa käyttää sopimuk-

4.7.2 Toimialan vaikutuksesta henkilöstön siirtymistä koskevaan arviointiin

EU-tuomioistuin totesi yhdistetyissä asioissa C-173/96 ja C-247/96 Sánchez Hidalgo ym., että ”direktiivin sovellettavuus tiettyyn luovutukseen edellyttää, että luovutuksen kohteena on liiketoimintakokonaisuus - - Vaikka tällaisen liiketoimintakokonaisuuden onkin oltava riittävän organisoitu ja itsenäinen, se ei välttämättä käsitä huomattavaa aineellista tai aineetonta omaisuutta. Joillakin talouden toimialoilla kuten siivous- ja vartiointialalla nämä osatekijät ovat nimittäin usein erittäin merkityksettämiä ja liiketoiminta rakentuu pääosin työvoiman varaan. Erityisesti ja pysyvästi johonkin yhteiseen tehtävään osoitettu organisoitunut työntekijäryhmä saattaa täten ilman muita tuotannontekijöitäkin muodostaa tässä tarkoitettun liiketoimintakokonaisuuden.”²⁵⁴ Työntekijöiden siirtymistä uuden yrityksen palvelukseen arvioidaan siis eri lailla erilaisilla toimialoilla. Tuotannolliseen toimintaan keskittyvillä aloilla henkilöstön siirtymisen merkitys luovutuksen tunnistamisessa on yleensä vähäisempi, kun taas työvoimavaltaisilla aloilla tai hallintosektorilla ”henkisen pääoman” siirtymisen merkitys on usein ratkaisevaa luovutuksen toteutumisen arvioinnissa.²⁵⁵

Työvoimavaltaisilla toimialoilla taloudellinen kokonaisuus voi siis jo aikaisemmin sivutulla tavalla muodostua luovutussääntelyn tarkoittamalla tavalla *ilman, että siihen kuuluisi lainkaan aineellista tai aineetonta liikeomaisuutta*, ja voi eräillä toimialoilla (esimerkiksi siivous, kunnossapito- tai vartiointialalla) käsittää vain toimintoja harjoittavat työntekijät. Työvoimavaltaisella toimialalla liikkeen luovutus voi toteutua vain, jos luovutuksensaaja ottaa palvelukseensa pääosan luovuttajan henkilökunnasta heidän lukumääränsä ja taitojensa osalta.²⁵⁶ Kyseessä olevaa työntekijöistä muodostuvaa ryhmää on luonnehdittu sellaiseksi osatekijöistä muodostuvaksi kokonaisuudeksi, jonka avulla se voi jatkaa pitkäaikaisesti luovuttajayrityksen toimintoja tai tiettyjä toimintoja.”²⁵⁷ Merkittävää on siis se, että *työvoimavaltaisella toimialalla pelkän henkilöstön siirtyminen voi muodostaa identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden*.

4.8 Onko asiakaskunta siirtynyt luovutuksessa?

Asiakaskunnan siirtymistä koskevaan arviointikriteeriin on viitattu nimenomaisesti muutamissa tuomioistuinratkaisuissa.²⁵⁸ EU-tuomioistuin on ottanut kantaa asiakaskunnan siirtymisen merkitykseen esimerkiksi asiassa C-13/95 Süzen, jossa se totesi, että ”vaikka palveluyritys, jolle

seen perustuvaa työnjohto- tai päätöksentekovaltaa, ei siirrä työnantaja-asemaa. Mikäli työtä tehdään edelleen tosiasiallisesti toimeksiantajan lukuun, kyseessä ei ole liikkeen luovutus. Valkonen 2006 s. 613-614

²⁵⁴ Yhdistetyt asiat C-173/96 ja C-247/96 Sánchez Hidalgo ym., kohdat 25-26 ja 32

²⁵⁵ Valkonen 2006 s.612

²⁵⁶ Barnard 2012 s. 597

²⁵⁷ Saarinen 2003 s.478

²⁵⁸ Nämä ratkaisut ovat kuitenkin liikkeenluovutustuomioissa vähemmistössä, mistä olisi kuitenkin rohkeaa vetää johtopäätös, jonka mukaan asiakaskunnan siirtymistä koskeva kysymys yritysjärjestelyssä olisi muihin kriteereihin verrattuna perifeerisemmässä asemassa kuin joku toinen.

toimeksianto on aiemmin ollut annettuna, menettää yhden asiakkaan, se ei tästä huolimatta ole olemassa vähemmän kokonaisena, eikä voida katsoa, että yksi sen liikkeistä tai liiketoiminnan osista olisi luovutettu toiselle toimeksiannon saajalle.²⁵⁹ Asiassa C-234/98 Allen EU-tuomioistuin totesi, että ”asiakaskunnan siirtyminen luovuttajan ja luovutuksensaajan välillä on vain yksi monista huomioon otettavista tekijöistä arvioitaessa sitä, onko kyseessä ollut liikkeen luovutus.”²⁶⁰ Myös korkeimman oikeuden ratkaisuihin on otettu nimenomaisesti kantaa asiakaskunnan siirtymisen merkitykseen.²⁶¹ Ratkaisuille on yhteistä se, että niissä on kyse palvelutyypisistä toiminnoista, joissa (vakiintuneella) asiakaskunnalla on toiminnan kannalta suuri merkitys. Asiakaskunnan siirtymättä jäämisen voidaankin ehkä useimmin tämäntyyppisissä tapauksissa arvioida tarkoittavan sitä, että siirtyvä liiketoiminta kokee suuremman muutoksen asiakaskunnan siirtymättä jäämisen seurauksena kuin esimerkiksi pääomavaltaisella toimialalla.

4.9 Uuden liiketoiminnan samankaltaisuuden aste verrattuna vanhaan

Liiketoiminnan ”riittävän samankaltaisuuden” puuttuminen johtaa luovutuskohteen identiteettin katoamiseen. Toiminnan samankaltaisuus ja se, että luovutuksen kohteen tulee olla taloudellinen kokonaisuus, ovat eri asioita. Se, että uusi liiketoiminta on riittävän samankaltaista vanhaan verrattuna on eräs taloudellisen kokonaisuuden ja kohteen identiteettin säilymisen sisällöllisistä arviointiperusteista eikä voi yksinään (ainakaan yleensä) olla indisoiva sille, että kyseessä olisi taloudellinen kokonaisuus. Kohteen identiteetti saattaa hävitä, jos toiminnan sisällössä ja/tai toimintaperiaatteissa tapahtuu olennaisia muutoksia luovutuksen yhteydessä. Hieman toisin muotoiltuna toiminnan pitää säilyä luovutuksen jälkeen suurin piirtein samanlaisena, jotta kohteen identiteetti säilyisi ja luovutussääntely voisi soveltua järjestelyyn.²⁶² Luovutuksen kohteena olevan kokonaisuuden ei tarvitse olla toimintatavaltaan täsmälleen samankaltainen ennen luovutusta. Sen identiteetti ei kuitenkaan säily, jos toiminnan sisällössä ja toimintaperiaatteissa ilmenee luovutuksen jälkeen merkittäviä eroja verrattuna tilanteeseen ennen luovutusta.²⁶³ Vähäiset toiminnassa tapahtuvat muutokset eivät johda sääntelyn soveltumattoomuuteen. Mitä suurempia muutoksia toimintaan tehdään, sitä epämääräisemmäksi raja liikkeen luovutuksen ja liikkeen lopettamis- ja uudelleenaloittamistilanteen välillä saattaa kuitenkin

²⁵⁹ Asia C-13/95 Süzen, kohta 16

²⁶⁰ Asia C-234/98 Allen, kohta 31. Asiakaskunnan siirtymistä luovutuksen toteutumiseen vaikuttavana seikkana käsiteltiin myös jo edellä selostetussa yhdistetyissä asioissa C-171/94 ja C-172/94 Mercks ja Neuhuys. Ratkaisussa asiakaskunnan siirtyminen vaikutti sääntelyn soveltuvuusarviointiin ilmeisen painavasti. Tämä on ymmärrettävää sitä taustaa vasten, että asiakaskunnan voitaneen arvioida muodostavan erilaisissa jälleenmyyntiä ja edustusta koskevilla toimialoilla merkittävän pääoman.

²⁶¹ Näin esimerkiksi ratkaisussa KKO 1999:70

²⁶² Kairinen 2009 s. 286

²⁶³ Valkonen 2006 s. 602

muodostua, ja tapaukset joudutaan ratkaisemaan ottamalla huomioon kaikki asiaan vaikuttavat seikat.²⁶⁴

Oikeuskirjallisuudessa toiminnan samanlaisuutta on kuvailtu usein melko yleisellä tasolla.²⁶⁵ Siirtyvän toiminnan tulee samanlaisuuden toteutukseksi olla ennen ja jälkeen luovutuksen tunnistettavissa ja erotettavissa luovuttajan ja luovutuksensaajan muusta liiketoiminnasta.²⁶⁶ Liiketoimintaa ei ole kuitenkaan tarvinnut (ennen luovutusta tai sen jälkeen) harjoittaa muusta yrityksen liiketoiminnasta erillisenä, esimerkiksi omana tulosityksikkönään, voidakseen muodostaa luovutuksen kohteena olevan taloudellisen kokonaisuuden. Eri asia on, että kokonaisuuden tunnistaminen saattaa näissä tapauksissa olla usein helpompaa kuin toiminnan ollessa kiinteämmin integroituneena luovuttajan toimintaan.²⁶⁷ Luovutuksen jälkeen uusi yrittäjä pyrkinee usein toiminnan harjoittamiseen ainakin jossain määrin erilaisilla periaatteilla kuin edeltäjänsä. Pelkkä palvelun tai suorittamistavan muutos ei muuta aikaisempaa toimintakokonaisuutta toisenlaiseksi luovutussääntelyn soveltumisen estävällä tavalla. Lisäksi sillä, että liikkeen toimipaikka muuttuu, ei ole ratkaisevaa merkitystä identiteetin säilymiselle.²⁶⁸ Luovutetun toiminnan *tulee tapahtua samalla alalla ja sen tulee edistää samoja tarkoituksia* (samanlaisen suorituksen tuottaminen), vaikka ei välttämättä hyödyntäen samoja tuotantovälineitä- tai tapoja. Tässä arvioinnissa on ratkaisevaa, mitä töitä työntekijät ovat luovutettavassa yrityksessä tehneet, mitä aineettomia ja aineellisia hyödykkeitä toiminnassa on liiketoiminnan varmistamiseksi tarvittu ja miten olennaisesti tilanne mahdollisesti muuttuu toiminnallisesti luovutuksen jälkeen.²⁶⁹

Siirtyvän toiminnan tavoite tai tarkoitus (esim. markkina-asema, asiakaskunta, tuotteet ja palvelut) eivät saa merkittävästi poiketa luovuttajan toimintatavoista. Yrittäjä voi luopua vanhoista liikeideoista ja sopeuttaa luovutuksen kohteena olevan toimintansa omaansa tai omaksua samassa toiminnassa luovutuksen jälkeen senhetkisillä tuotantovälineillä ja uutta tekniikkaa käyttäen aikaisemmasta poikkeavan liikeidean (suoritetta sinänsä muuttamatta).²⁷⁰ Arvioinnissa ei

²⁶⁴ Asiassa on kyse nähdäkseni ainakin kysymystä sivuten organisaation säilymisestä luovuttajalla, johon oli otettu kantaa aiemmin sivulla 44 kuvaillussa asiassa C-466/07 Klarenberg. Riittävää olisi näin ollen ”toiminnallisen yhteyden” säilyminen.

²⁶⁵ Ks. esim. Tiitinen - Kröger 2008 s. 332, jossa sama asia on muotoiltu siten, että ”arvioidaan miten samankaltaista ennen luovutusta ja sen jälkeen harjoitettu toiminta on ollut”.

²⁶⁶ Työn jatkamisen tulee lisäksi perustua samoille lähtökohdille (samanlainen tuotantomalli tai palvelutoiminto) kuin ennen luovutusta. Valkonen 1999 s. 107

²⁶⁷ Valkonen 1999 s. 107

²⁶⁸ Työtuomioistuin katsoi ratkaisussa TT:1991-120, että *edellytyksenä sille, voidaanko tapahtumaa pitää liikkeen luovutuksena, ei voida pitää toiminnan jatkamista samassa paikassa, jossa sitä oli ennen yritysjärjestelyä harjoitettu*. Tapauksessa luovutuksensaaja oli yhteistoimintaneuvottelujen jälkeen päättänyt siirtää osan henkilöstöstä Heinolan tehtaalta Kauttuan tehtaalte.

²⁶⁹ Valkonen 1999 s. 105

²⁷⁰ Valkonen on rajannut toiminnan samankaltaisuuden arvioinnin ulkopuolelle voimassaolevien asiakassuhteiden, tilaussopimusten ja muiden sopimussuhteiden siirtymisen. Hän on määritellyt toiminnan samankaltaisuuden seuraavasti: ”Se, että uusi yritys muuttaa työn organisointia toiminnan perusluonnetta kadottamatta ja ottaa käyttöön esimerkiksi uudenlaisen työn laatua koskevan valvontajärjestelmän, ei muuta toiminnan luonteen ja tilanteen

ole ratkaisevaa merkitystä sillä, muodostavatko hoidettavat tehtävät yhtä määräävän osan luovutuksensaajan liiketoiminnasta. Toteutetut vähäiset liikeidean tarkistukset, henkilöstön uudelleen koulutus entiseen työhönsä tai tilojen uudelleenjärjestelyt ja kaluston uusiminen esim. normaalisti muuta identiteettiä.²⁷¹

4.10 Liiketoiminnan mahdollisen keskeytyksen kesto aika

Liikkeen luovutuksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, että luovutetun taloudellisen kokonaisuuden toiminta jatkuu keskeytyksittä.²⁷² Käsitettä ”keskeytyksittä” on kuitenkin tässä yhteydessä tulkittu hyvin laajasti.²⁷³ Asiassa C-234/98 Allen EU-tuomioistuimien totesi, että ”yrityksen luovutus on monimutkainen oikeudellinen ja konkreettinen toimenpide, jonka toteuttaminen saattaa viedä aikaa.”²⁷⁴ Toiminnan siirtyessä vastaanottajalle siinä voi olla luovutuksen yhteydessä esimerkiksi korjaus- tai muutostöistä johtuva tai muu toiminnallinen katkos, jollainen ei johda toiminnan keskeytymiseen sääntelyn soveltumisen estävällä tavalla.²⁷⁵ Keskeytystä arvioidaan toisin sanoen *keskeytymissyyn perusteella*. Jos toiminta on kuitenkin pysyvästi (ilman toiminnan jatkamisen tarkoitusta) keskeytynyt luovutushetkellä, samanlaisen toiminnan aloittaminen myöhemmin ei ole liikkeen luovutus.²⁷⁶ Olennaista on toisaalta se, että toimintaa ei ole lakkautettu pysyvästi, ja toisaalta se, että keskeytykselle on jokin esimerkiksi toiminnan identiteettiin vaikuttamaton uudelleenorganisointia tai luovutuskohteen remontointia tai kunnostamista koskeva syy ja että se on luonteeltaan väliaikainen. Vaikka toiminta olisi luovutushetkellä pysähtyksissä tai oleellisesti vähentynyt, se ei estä pitämästä järjestelyä liikkeen luovutuksena, mikäli mahdollisuudet jatkaa liiketoimintaa (toimintakykyiset koneet ja laitteet, toimi- tai tuotantotilat sekä käytettävissä oleva työvoima) ovat alan luonteen mukaisena resurssikokonaisuutena toimintavalmiudessa. *Ratkaisevaa on siis toiminnan tosiasiallinen jatkamistarkoitus*. Kokonaisarvioinnin kannalta toiminnan keskeytymättömyyttä koskevan kriteerin arviointi ei ole riippu-

arviointia. On normaalia, että työmenetelmät eri tavoin tehostuvat alan kehityksen myötä toiminnan luovutuksen jälkeen.”Valkonen 1999 s. 107

²⁷¹ Elinkeinotoiminnan luonne ei muuta identiteettiään pelkästään sen vuoksi, että uusi yrittäjä suorittaa ostamassaan toimitilassa muutos- ja laajennustöitä tai ostaa toimintaansa varten uusia laitteita ja koneita luovutuksessa siirtyneiden tai poistettujen lisäksi tai tilalle. Uusi yrittäjä voi muuttaa yrityksen aukioloaikoja, toiminta-aikoja tai aluetta. Jos yksittäinen päivittäistavaramyymälä muutetaan ketjumuymäläksi, toiminnan ei voida sanoa muuttuneen sen takia, että palvelutiskeistä luovutaan ja siirrytään ja siirrytään itsepalveluun. Kauppias voi erikoistua tiettyihin tuotteisiin luovutuksen jälkeen, jos hän harjoittaa edelleen samankaltaista liiketoimintaa. Jos ravintolatoimintaa on harjoitettu ennen luovutusta lounasruokalana ja sen toimintakonsepti muutetaan luovutuksen jälkeen tilausravintolaksi, toiminnan ei voida sanoa muuttuneen olennaisesti ravintolatoimintana. Valkonen 2006 s.605

²⁷² Kotimaisessa ratkaisussa KKO 2000:7 korkein oikeus esitti yhtenä liikkeen luovutuksen tunnusmerkkinä sen, että vakuutusyhtiön toiminta oli jatkunut samanlaisena ilman keskeytystä, mikä oli tapauksessa varmistettu luovuttajan ja luovutuksensaajan välisellä sopimuksella.

²⁷³ Työsuhteen jatkumisella keskeytymättömänä liikkeen luovutus- ja vastaavissa siirtymistilanteissa tarkoitetaan sitä, että alkuperäinen, vanha työsuhte säilyy työnteon, velvoitteiden ja oikeuksien sekä etuuksien ansainta-aikojen laskemisen pohjana. Kairinen 2009 s. 282

²⁷⁴ Asia C-234/98 Allen, kohta 23

²⁷⁵ Valkonen 2006 s.598

²⁷⁶ Kairinen 2009 s. 291

vaista toiminnan tarkoituksesta tai siitä, minkä tyyppisestä toimialasta on kysymys.²⁷⁷ Keskeytymisajalle ei voitane määritellä yleistä ylärajaa, vaan se vaihtelee tapauskohtaisesti. Se voi olla varsin pitkäkin etenkin edellä kuvatuissa, korjaustöiden aiheuttamissa tai toiminnan kausiluontoisuudesta johtuvissa keskeytystilanteissa.

Asiassa C-287/86 Ny Mølle Kro ravintolan omistaja oli irtisanonut vuokralaisena olevan yrittäjän kanssa ravintolatiloja koskevan vuokrasopimuksen tammikuussa ja pitänyt ravintolan suljettuna maaliskuun loppuun saakka. Tämän jälkeen omistaja oli itse ryhtynyt harjoittamaan ravintolatoimintaa (ravintola oli luonteeltaan kesäravintola ja talviaikaan siellä järjestettiin tilaisuuksia suljetulle henkilöpiirille). Tuomioistuin totesi, että ”direktiivin 77/187/ETY 1 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että siinä tarkoitetaan tilannetta, jossa luovutettavana on edelleen olemassa oleva taloudellinen kokonaisuus. Sen arvioimiseksi, onko tällaisesta kokonaisuudesta kyse, on otettava huomioon kyseiselle toimenpiteelle ominaiset tosiseikat. Näitä voivat olla se, että yritys on tilapäisesti suljettuna, ja se, ettei sillä ole henkilökuntaa luovutushetkellä. Ne eivät kuitenkaan sinänsä, etenkin jos kyse on sesonkiluonteisesta yrityksestä, riitä estämään direktiivin soveltamista. - Näin on erityisesti silloin, kun kyse on sesonkiluonteisesta yrityksestä ja etenkin kun - kuten käsiteltävänä olevassa tapauksessa - luovutus tapahtuu aikana, jolloin yrityksen toiminta on sesonkiluonteensa vuoksi keskeytyksissä. Tällainen suljettuna oleminen ei yleensä merkitse sitä, että yrityksen olemassaolo taloudellisenä kokonaisuutena olisi lakanut.”²⁷⁸ Näkisin, että luovutuksen kestoa koskeva liikkeenluovutuskriteeri on kohtuullisen helposti arvioitavissa kokonaisharkinnan osatekijänä. Osapuolten tietoisuus (ja tarkoitus) liiketoiminnan jatkamisesta ja siitä, että keskeytys on luonteeltaan väliaikaista, on ratkaiseva tekijä, jonka jälkeen keskeytyksen pidempiaikaistakin kestoa voidaan perustella esimerkiksi toiminnan suunnittelulla tai toiminnan kausiluonteisuudesta johtuvalla väliaikaisella keskeytyksellä.

4.11 Muut arviointiperusteet

Asiassa C-175/99 Mayeur EU-tuomioistuin totesi, että ”on mahdollista, että tietyissä tapauksissa sellaiset seikat kuin organisaatio, toiminta, rahoitus, hallinto ja sovellettavat oikeussäännöt ovat tietyille taloudelliselle kokonaisuudelle ominaisia siten, että näiden seikkojen muuttuminen kyseisen kokonaisuuden luovutuksen takia merkitsee sen identiteetin muuttumista.”²⁷⁹ Liikkeen luovutuksen toteutumisen arvioinnille voidaan myös käytännössä siis todeta olevan muitakin arviointiperusteita kuin Spijkers-ratkaisussa auki kirjoitetut seitsemän kriteeriä.²⁸⁰ Näille muille

²⁷⁷ Äimälä 1987 s.106

²⁷⁸ Asia C-287/86 Ny Mølle Kro, kohta 22

²⁷⁹ Asia C-175/99 Mayeur, kohta 53

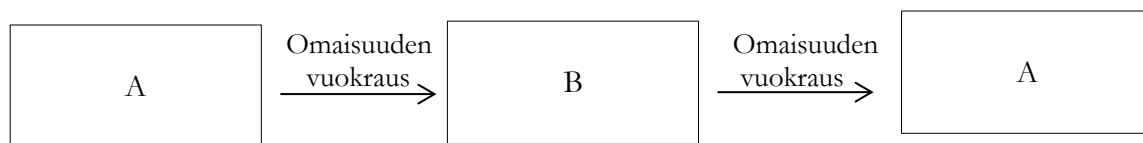
²⁸⁰ Näin myös korkein oikeus, joka totesi ratkaisussa KKO 2009:37, että ”tietyissä tapauksissa on mahdollista, että sellaiset seikat kuin organisaatio, toiminta, rahoitus, hallinto ja sovellettavat oikeussäännöt ovat tietyille kokonaisuudelle ominaisia siten, että niiden muuttuminen kyseisen kokonaisuuden luovutuksen takia

arviointiperusteille annettavien yleisempien vaikutusmallien esittäminen on nähdäkseni kuitenkin hankalaa, koska ne vaikuttavat osana kokonaisarviota, ja ovat yleensä vain lakonisesti kirjoitettuina auki ratkaisujen perusteluihin.

5. Liikkeen luovutuksen ”erityistapauksia”

5.1 Vuokrasuhteessa tapahtuvat muutokset

EU-tuomioistuimien on useissa ratkaisussaan katsonut, että liikkeenluovutusdirektiiviä sovelletaan vuokrasuhteen muutoksia koskeviin tilanteisiin.²⁸¹ Vuoden 1970 työsopimuslain 7 §:n 3 momentissa oli lisäksi säännös, joka voimassa olevasta työsopimuksesta puuttuu.²⁸² Siinä todettiin nimenomaisesti, että liikkeen luovutusta koskevia säännöksiä on sovellettava vuokralleantoon. Tuomioita on annettu sekä erilaisiin vuokrausjärjestelyihin liittyviin että vuokrasuhteen katkeamista koskeviin kysymyksiin.²⁸³ Asiassa C-287/86 Ny Mølle Kro ravintolan omistaja oli irtisanonut vuokralaisena olevan yrittäjän kanssa ravintolatiloja koskevan vuokrasopimuksen tammikuussa ja pitänyt ravintolan suljettuna maaliskuun loppuun saakka. Tämän jälkeen omistaja oli itse ryhtynyt harjoittamaan ravintolatoimintaa (ravintola oli luonteeltaan kesäravintola ja talviaikaan siellä järjestettiin tilaisuuksia suljetulle henkilöpöydälle):



284

Ratkaisussaan EU-tuomioistuimien totesi, että ”Mikäli yritystä johtanut vuokralainen on vuokrasopimuksen nojalla saanut työnantajan aseman edellä mainitussa mielessä, luovutusta on pidettävä direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna yrityksen luovuttamisena toiselle työnanta-

merkitsee sen identiteetin muuttumista. Kunnallisten hätäkeskusten toiminta ei ole luovutuksen jälkeen säilynyt identiteetiltään samanlaisena, kun valtion hätäkeskusten *organisointitapaa ja toimintaa voidaan kokonaisuutena arvioida* korkeimman oikeuden ratkaisun kohdassa 16 esitettyllä tavalla. Hätäkeskukset ovat siten hätäkeskuslailla toteutetun organisaatiouudistuksen jälkeen kiinteä osa julkisen vallan tosiasialliseen käyttämiseen liittyvää poliisin ja muiden viranomaisien viranomaistoimintaa.” Kohde ei ollut säilyttänyt identiteettiään, eikä kyseessä ollut liikkeen luovutus.

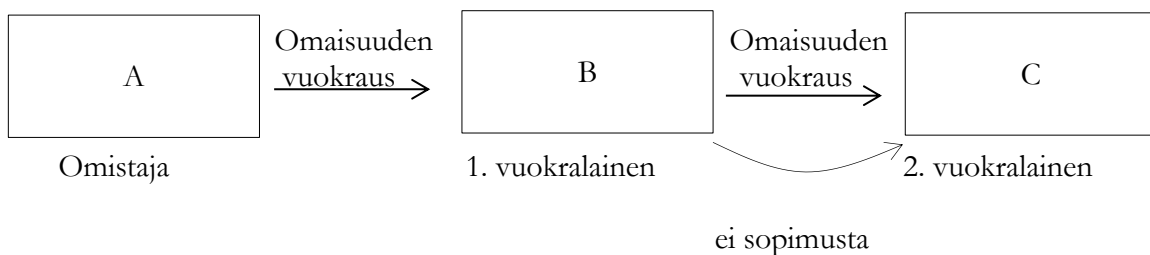
²⁸¹ Myös vuoden 1970 työsopimuslain 7 §:n 3 momentissa oli säännös, joka voimassa olevasta työsopimuksesta puuttuu. Siinä todettiin nimenomaisesti, että liikkeen luovutusta koskevia säännöksiä on sovellettava vuokralleantoon. Kyseisen säännöksen pois jättäminen vuoden 2001 työsopimuksesta ei tarkoita, että vuokrasuhteissa tapahtuvia muutoksia ei enää pidettäisi liikkeen luovutuksina. Kuten edellä on todettu, aikaisempi käytäntö on edelleen noudatettavaa myös uuden lain aikaisia liikkeen luovutusta koskevia asioita ratkaistaessa.

²⁸² Kyseisen säännöksen pois jättäminen vuoden 2001 työsopimuksesta ei tarkoita, että vuokrasuhteissa tapahtuvia muutoksia ei enää pidettäisi liikkeen luovutuksina. Kuten edellä on todettu, aikaisempi käytäntö on edelleen noudatettavaa myös uuden lain aikaisia liikkeen luovutusta koskevia asioita ratkaistaessa.

²⁸³ Vuoden 1970 työsopimuslain aikana vuokralaisen vaihtumista koskevat kysymykset aiheuttivat erilaisia tulkin- taongelmia erityisesti tuolloin luovutussääntelyn soveltumiselta tuolloin vaaditun sopimussuhde-edellytyksen osalta. Yleensä vuokralaisten välillä ei ole olemassa minkäänlaista sopimusta. Ks. Äimälä 1987 s. 97-98, jossa hän tarkastelee luovutussääntelyn soveltumista muun muassa vuokralaisen vaihtumista koskeviin tilanteisiin eri- laisten sopimussuhdekonstruktioiden kautta sopimusvaatimusta kritisoiden.

²⁸⁴ Barnard 2012 s. 586

jalle sopimukseen perustuvan luovutuksen kautta. - - Sama pätee tapaukseen, jossa vuokratun yrityksen omistaja alkaa uudestaan harjoittaa kyseistä liiketoimintaa sen jälkeen kun yritystä johtanut vuokralainen on rikkonut vuokrasopimusta. Tämäkin tapahtuu vuokrasopimuksen perusteella. Mikäli tämän seurauksena yritystä johtanut vuokralainen menettää työnantajan asemansa, jonka omistaja saa takaisin, myös tällaista tapausta on pidettävä direktiivin 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna yrityksen luovuttamisena toiselle työnantajalle sopimukseen perustuvan luovutuksen kautta.”²⁸⁵ Ny Mølle Kro- ratkaisu oli merkittävä direktiivin soveltamisalaa laajentanut ratkaisu siitä syystä, että siinä EU-tuomioistuin katsoi, että liikkeenluovutusdirektiiviä voitiin soveltaa tilanteissa, joissa vuokranantaja (tapauksessa ravintolan omistaja) otti vuokralaisen sopimusrikkomuksen johdosta vuokratun tilan (ravintolan) haltuunsa ja jatkoi itse (ravintola)toimintaa siinä. Ratkaisun perustelujen mukaan liikkeenluovutustoimi ei edellyttä sitä, että luovutettavien tilojen omistusoikeus siirtyisi luovutuksensaajalle. Riittävää on, että toiminnasta vastaava työnantaja vaihtuu. Asiassa C-324/86 Tellerup (ns. Daddy’s dance hall-tapaus) ravintolan omistaja oli luovuttanut vuokrasopimuksen päättymisen jälkeen ravintolanpidon uudelle vuokralaiselle siten, että ravintolatoiminta jatkui keskeytyksittä samalla henkilöstöllä:



286

EU-tuomioistuin katsoi, että kyseisessä tapauksessa voi toteutua liikkeen luovutus, mikäli jatkajalle siirtyy sellainen taloudellinen kokonaisuus, joka säilyttää identiteettinsä. Lisäksi edellytetään, että toimintaa jatketaan muutoin kuin tilapäisesti. Asiassa Bork C-101/87 yrityksen omistaja oli ottanut yrityksen haltuunsa purettuaan liiketoimintaa harjoittaneen yrittäjän kanssa tekemänsä vuokrasopimuksen. Tämän jälkeen omistaja oli myynyt yrityksen kolmannelle, joka oli jatkanut liiketoimintaa noin viikon kuluttua edellisen yrityksen lopettamisen jälkeen. Lisäksi se oli ottanut palvelukseensa yli puolet entisen yrityksen henkilöstöstä.²⁸⁷ EU-tuomioistuin katsoi, että tällainen järjestely voi muodostaa liikkeen luovutuksen, mikäli yleiset liikkeen luovutusta koskevat kriteerit täyttyvät.

²⁸⁵ Asia C-287/86 Ny Mølle Kro, kohdat 13 ja 14

²⁸⁶ Barnard 2013 s. 586

²⁸⁷ Kyseessä olevaa työntekijöistä muodostuvaa ryhmää on luonnehdittu sellaiseksi osatekijöistä muodostuvaksi kokonaisuudeksi, jonka avulla se voi jatkaa pitkäaikaisesti luovuttajayrityksen toimintoja tai tiettyjä toimintoja. Saarinen 2003 s. 478

Ratkaisussa KKO 1990:61 osakeyhtiö A oli 31.10.1986 vuokrannut kommandiittiyhtiö B:lle liikehuoneistonsa kalusteineen. A jätti konkurssihakemuksen 3.11.1986 ja irtisanoi konkurssiin vedoten työntekijöidensä työsopimukset 4.11.1986 päättymään irtisanomispäivänä. B otti samana päivänä palvelukseensa lähes kaikki A:n työntekijät ja ryhtyi välittömästi harjoittamaan vuokraamissaan tiloissa ja A:lta kesken jääneissä urakkakohteissa samanlaista toimintaa kuin A oli ennen konkurssia harjoittanut. Kyseessä oli VTSL 7§:n 2 momentissa tarkoitettu liikkeen luovutus.²⁸⁸

Huomionarvoisena piirteenä näille vuokrasuhdetta koskeville ratkaisuille on se, että luovuttajan ja luovutuksensaajan välillä ei ole useinkaan olemassa minkäänlaista sopimusta tai luovutustointa. Sen takia tietoisuus mahdollisuudesta sääntelyn soveltumiselle erilaisiin vuokrasuhteissa tapahtuviin muutoksiin on tärkeää, jotta vuokrasuhteen järjestelyyn voidaan kohdistaa tarkempaa analyysia luovutussääntelyn soveltumisen näkökulmasta.

5.2 Contracting out- tilanteiden erilaiset lajit

Siirtymisellä käyttämään alihankkijaa ja liikkeen luovutuksella tarkoitetaan lähtökohtaisesti kahden eri asiaa. Varsinaisessa kaupassa myyjänä eli luovuttajana on yritys X, joka saa luovuttamastaan yritysresurssista kauppahinnan ostajalta Y. Alihankkijan käyttöön siirtymisissä tapahtuu päinvastoin: X on tällöin ostaja ja Y myyjä.²⁸⁹ Yritys ostaa alihankkijana toimivalta toiselta yritykseltä esimerkiksi vartiointi- tai ruokalapalveluita suorittaen tälle kompensaaion palvelun tuottamisesta.²⁹⁰ Tyypillistä näille tehtäväkokonaisuuksille on, että siirrettävä toiminta on ainoastaan avustavaa varsinaiseen toimintaan nähden²⁹¹ tai osa palvelutoimintaa, jota saattaa suorittaa vain pieni joukko työntekijöitä ilman aineellisen omaisuuden siirtymistä luovutuksensaajalle.²⁹² Alihankintatilanteita ei ole perinteisesti pidetty liikkeen luovutuksina, mutta EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella Spijkers-ratkaisussa määritellyjä kriteereitä sovelletaan myös tilanteessa, jossa työnantaja luovuttaa tietyt tehtävät alihankkijan suoritettavak-

²⁸⁸ Vuoden 1970 työsopimuslain aikana vuokralaisen vaihtumista koskevat kysymykset aiheuttivat erilaisia tulkin-
taongelmia luovutussääntelyn soveltumiselta tuolloin vaaditun sopimussuhde-edellytyksen osalta. Yleensä
vuokralaisten välillä ei ole olemassa minkäänlaista sopimusta. Ks. Äimälä 1987 s. 97-98, jossa hän tarkastelee
luovutussääntelyn soveltumista muun muassa vuokralaisen vaihtumista koskeviin tilanteisiin erilaisten sopimus-
suhdekonstruktioiden kautta sopimusvaatimusta kritisoiden.

²⁸⁹ Kairinen 1998 s.121

²⁹⁰ Selvää on, että tärkein syy yrityksille palvelujen ulkoistamiseen on varmistaa, että kyseiset palvelut saadaan
hankittua kaikkein kilpailukykyisimmällä hinnalla. Contracting out- tilanteiden osalta liikkeenluovutussääntelyn
kentässä on tunnistettu kaksi näkökulmaa, jotka liittyvät työnteon joustavuuden lisääntymiseen: 1) yrityksen ul-
koistaessa esimerkiksi tietyn palvelutoiminnon, vastuu työntekijöitä kohtaan siirtyy palveluntarjoajalle, ja ulkoistaja
pääsee eroon työntekijöihin liittyvistä kustannuksista ja 2) Palveluntarjoaja voi käyttää lyhytaikaisia ja joustavia
työsopimuksia, joihin liittyy vähemmän työntekijöiden suojelua tarkoittavia oikeuksia. O'Leary 2002 s. 252 ja
alaviite 44

²⁹¹ Tavallisesti ulkoistettava toiminto on jokin yrityksen ns. aputoiminto, kuten siivous, vartiointi, työpaikkaruo-
kailu, puhelinkeskus tai postitus, mutta myös osa varsinaisesta tuotantotoiminnasta voi olla ulkoistamisen kohde.
Valkonen 2006 s. 591

²⁹² Kenner 2003 s. 345

si,²⁹³ vaihtaa alihankkijaa esimerkiksi toiminnan kilpailutuksen seurauksena tai ottaa alihankkijan suoritettavana olleen tehtävän takaisin itsensä hoidettavaksi (ns. ns. contracting out-tilanteet). Jotta kyseessä olisi alihankintaan siirtymistä koskevassa tilanteessa liikkeen luovutus, on toimenpiteessä *siirryttävä identiteettinsä säilyttävä taloudellinen kokonaisuus*.

EU-tuomioistuimen ensimmäinen vastaus kysymykseen direktiivin soveltuvuudesta ulkoistamista koskeviin tilanteisiin muistutti läheisesti sen aikaisempaa oikeuskäytäntöä ”standardi-luovutuksista”, joissa se oli antanut asian käsiteltäväksi saattaneille tuomioistuimille opastusta siinä, kuinka päätellä, oliko riidanalainen oikeustoimi muodostanut direktiivin tarkoittaman luovutuksen.²⁹⁴ Ulkoistettavan toiminnan piirissä toimivien työntekijöiden asemalle on ratkaistavaa, katsotaanko toiminnan ulkoistaminen liikkeen luovutukseksi vai ei. Jos ulkoistaminen ei muodosta liikkeen luovutusta, irtisanomisoikeutta arvioidaan työn vähentymisenä työsopimuslain 7:3:n kannalta.²⁹⁵

5.3 First round Contracting out – alihankintaan siirtyminen

Contracting out- tilanteissa on kysymys siitä, yrityksen että yrityksen tietty prosessi (esimerkiksi siivoaminen tai henkilöstöravintolan pitäminen), jossa palveluita tarjottiin aikaisemmin itse, annetaan ulkopuolisen, usein kyseisten palvelujen tuottamiseen erikoistuneiden toimijoiden tarjottavaksi.²⁹⁶ Ne tavataan jakaa oikeuskirjallisuudessa 1) first round contracting out- tilanteisiin ja 2) second round contracting out- tilanteisiin, jotka jaetaan vielä kahteen alalajiin 1) contracting out to third parties²⁹⁷ ja 2) contracting back in- tilanteet.²⁹⁸ Seuraavassa kappaleessa kuvailemani ratkaisut asioissa C-209/91 Rask, C-392/92 Schmidt ja C-48/94 Rygaard olivat ns. first round contracting out- ratkaisuja. Niissä oli toisin sanoen kyse ensimmäisestä kerrasta, kun yritys luovutti osan liiketoiminnastaan aliurakoitsijalle, ja niissä EU-tuomioistuin oli soveltanut, ja päivittänyt ”Spijkers-testin” kattamaan sellaiset contracting out- tilanteet, jossa siirtyvä toiminta oli vain avustavaa toiminnan luovuttaneen yrityksen toiminnassa tai osa palvelua, jota suoritti vain yksi työntekijä ilman siirtyvää omaisuutta.²⁹⁹

²⁹³ Kairinen 1998 s.121

²⁹⁴ O’Leary 2002 s. 253

²⁹⁵ Kiiha 2002 s. 84

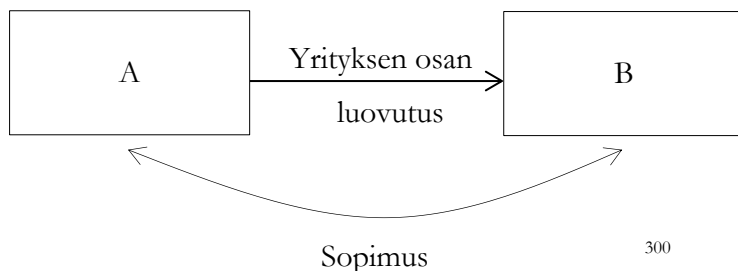
²⁹⁶ Barnard 2012 s. 586. Erikoistumisen tietyn palvelun tuottamiseen pitäisi tarkoittaa sitä, että palveluntuottaja kykenee tuottaa palvelun pienemmillä kustannuksilla kuin ulkoistamista harkitseva yritys. Ibid.

²⁹⁷ Tätä kohtaa voidaan nimittää tutummin alihankkijan vaihtamiseksi, joka voi tapahtua esimerkiksi toiminnan kilpailuttamisen seurauksena. Saloheimon mukaan alihankkijan vaihdokset ovat luonteeltaan sellaisia, että liikkeen luovutuksen tunnusmerkkien on niissä vaikea täyttyä. tämä koskee erityisesti avointa kilpailutilannetta, jossa sekä palvelun käyttäjiä että tarjoajia on useita. Saloheimo 1998 s. 259

²⁹⁸ Jaottelusta ks. mm. Valkonen 2006 s. 617

²⁹⁹ Kenner 2003 s. 345

First round contracting out:



5.3.1 Asia C-209/91 Rask

Asia C-209/91 Rask koski Philipsin ja ISS:n välistä sopimusta, jonka mukaan ISS otti vastuun Philipsin henkilöstöravintoloista, ja erityisesti ruokalistojen suunnittelusta, hankinnoista, ruoanvalmistuksesta ja henkilöstön rekrytoinnista ja koulutuksesta. Philips puolestaan sitoutui maksamaan ISS:lle kuukausittain kiinteän vastikkeen, vastasi toiminnassa tarvittavien tarvikkeiden (mm. kertakäyttöastiat ja pakkaukset) hankinnoista ja salli ISS:n käyttää veloituksetta Philipsin tiloja, mukaan luettuna ruokalat, välineistö ja muut hyödykkeet. EU-tuomioistuin totesi, että direktiiviä voidaan soveltaa tilanteeseen, jossa yritys antaa sopimuksella toiselle yritykselle vastuun sellaisen palvelun tuottamisesta, jota se oli hoitanut aikaisemmin itse. Sillä, että toiminta oli ainoastaan avustavaa yrityksen päätoimialaan nähden, ei ollut asiassa merkitystä.³⁰¹ Direktiiviä voitiin soveltaa järjestelyyn, vaikka ravintolayritys tarjosi palveluita yksinomaan ravintolatoiminnan luovuttaneen yrityksen henkilöstölle. Ratkaisevassa asemassa olivat ravintolatoiminnan identiteetin säilyminen sekä toiminnan tosiasiallinen jatkaminen samanlaisena.³⁰² Asian Rask ratkaisu on sovellettavissa faktoiltaan suoraan Contracting Out- tilanteisiin tai pakollisia tarjouskilpailuja koskeviin tilanteisiin, ja sen mukaan *palvelun siirtäminen ulkopuolisen tarjottavaksi kiinteällä hinnalla voi yksiselitteisesti muodostaa liikkeen luovutuksen*.³⁰³

5.3.2 Asia C-392/92 Schmidt – alihankintaratkaisu kritiikin kohteena

Asiassa Rask valittua lähestymistapaa kehitettiin EU-tuomioistuimen toimesta edelleen asiassa C-392/92 Schmidt, jossa Spijkers- ratkaisussa kansallisille tuomioistuimille annetun ”harkinnanvaraisen lähestymistavan” on katsottu jääneen syrjään.³⁰⁴ Tapauksessa oli kyse funktionaa-

³⁰⁰ Barnard 2012 s. 588

³⁰¹ Asia C-209/91 Rask, kohta 17

³⁰² Ks. Saarinen 2003 s. 491. Ratkaisussa KKO 2002:54 palvelutaloa ylläpitänyt yhdistys lopetti oman aterianvalmistustoimintansa ja alkoi hankkia ateriat ostopalveluna yritykseltä, jolle yhdistys vuokrasi palvelutalon keittiötilat koneineen ja muine varusteineen ja joka lisäksi ryhtyi harjoittamaan tiloissa lounasruokala- ja pitopalvelutoimintaa. Kyseessä ei ollut liikkeen luovutus, koska toiminnan luonne, asiakaskunta ja sen edellyttämät työtehtävät eivät olleet säilyneet ennallaan eikä henkilökuntaa ollut siirtynyt yrityksen palvelukseen.

³⁰³ Bowers 2002 s. 406

³⁰⁴ Ratkaisun on todettu merkinneen uutta suuntaa tulkinnassa kahdessa tavalla. Ensin, se merkitsi loppua harkinnanvaraisuudelle, ja EU-tuomioistuin ratkaisi itse asian. Toiseksi, tuomioistuin otti käyttöön tulkinnan, jonka mu-

lisesta yksityistämisestä, eli oman siivoustoiminnan lopettamisesta ja siivouspalvelujen ostamisesta ulkopuoliselta yrittäjältä.³⁰⁵ Kantaja työskenteli säästöpankissa siivoojana. Hänet irtisanottiin tehtävästään, koska pankki halusi siirtää siivoustoiminnon yritykselle, joka huolehti jo valmiiksi suurimmasta osasta pankin muiden tilojen siivouksesta. Tapaus nosti ensimmäistä kertaa EU-tuomioistuimessa esiin kysymyksen yhtä henkilöä koskevasta siirtymisestä.³⁰⁶ EU-tuomioistuin totesi ratkaisussaan, että ”se että kyseisestä toiminnasta huolehti ennen luovutusta ainoastaan yksi työntekijä, ei myöskään estä direktiivin säännösten soveltamista, sillä direktiivin soveltaminen ei riipu niiden työntekijöiden määrästä, jotka työskentelevät luovutuksen kohteena olevassa yrityksen osassa. On muistutettava, että direktiivin tavoitteena on - - huolehtia työntekijöiden suojasta sen varmistamiseksi, että heidän oikeutensa turvataan, kun työnantaja vaihtuu. Suoja koskee kaikkia työntekijöitä, ja suojaa on siten annettava, vaikkei luovutus koskisi kuin yhtä työntekijää. - - Direktiivin 77/187/ETY 1 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että sen soveltamisalaan kuuluu tilanne, jossa yrittäjä antaa sopimuksella toiselle yrittäjälle vastuun sellaisten siivoustöiden tekemisestä, jotka se hoiti aiemmin itse, vaikka ennen luovutusta kyseistä työtä teki ainoastaan yksi työntekijä.”³⁰⁷ Ratkaisu heijasti hyvin laajaa lähestymistapaa luovutuksen olemassaoloa koskevaan kysymykseen, ja antoi ymmärtää, että contracting out- tilanteissa pelkkä samanlaisen toiminnan jatkaminen olisi usein riittävää.³⁰⁸ Tuomioistuimen mukaan kysymyksessä oleva liiketoiminta (yhden siivoojan siirtyminen) oli säilyttänyt identiteettinsä siten, kuin direktiivin soveltamiselta oli mm. Spijkers-tuomion mukaan edellytettävä.

Schmidt-ratkaisu herätti huomattavan määrän vastalauseita erityisesti Saksassa, mutta myös Englannissa siihen suhtauduttiin negatiivisesti. Saksassa oltiin erityisen tyytymättömiä siihen, mikä tapauksessa oli muodostanut luovutuksen kohteen ja siihen, että tuomioistuin hyväksyi näkemyksen, jonka mukaan direktiivin tarkoittama luovutus saattoi toteutua, vaikka aineellista omaisuutta, goodwilliä tai know-howta ei siirtynyt luovutuksensaajalle.³⁰⁹ Tuomioistuimen katsottiin antaneen liikaa painoa työntekijöiden suojelulle ja liian vähän yritysten tarpeille vastata lisääntyvässä määrin kilpailulliseen toimintaympäristöön.³¹⁰ Myös Ruotsissa AD:n lisäksi esimerkiksi Ranskan, Saksan ja Italian tuomioistuimet olivat haluttomia hyväksymään EU-tuomioistuimen edustaman käsitteen tulkinnan. Ratkaisuun myönteisesti suhtautuneet näkivät EU-tuomioistuimen kannan estävän ulkoistamisen käyttämisen ainoastaan mahdollisuutena huonontaa työntekijöiden asemaa ja saavuttaa kustannussäästöjä sosiaalisesti arveluttavalla

kaan direktiivi soveltui palvelutoiminnan siirtoon, jossa ei siirry lainkaan aineellista tai aineetonta omaisuutta. Malmberg 2003 s. 73

³⁰⁵ Rasinmäki 1997 s. 461

³⁰⁶ Bowers 2002 s. 406

³⁰⁷ Asia C-392/92 Schmidt, kohdat 15 ja 20

³⁰⁸ Bowers 2002 s. 406

³⁰⁹ O’Leary 2002 s. 257

³¹⁰ O’Leary 2002 s. 257

tavalla. Ratkaisuun kriittisesti suhtautuneet näkivät valitun linjan estävän järkipärisen liiketoiminnan harjoittamisen, varsinkin jos samaa linjaa sovellettaisiin tuotannon ulkoistamiseen silloinkin, kun samalla ei siirry kiinteää omaisuutta.³¹¹ EU-tuomioistuimen muun muassa Saksassa saama kritiikki lieneekin osaltaan vaikuttanut siihen, että tuomioistuin omaksui myöhemmissä ratkaisuissaan lähempänä AD:n ja monien muiden kansallisten tuomioistuinten tulkintaa olevan näkemyksen.³¹²

5.3.3 Asia C-48/94 Rygaard – vastaus Schmidt- ratkaisun nostattamaan kritiikkiin

EU-tuomioistuin oli herkkänä Schmidt- ratkaisun nostattamalle kritiikille, ja asiassa C-48/94 Rygaard annettu ratkaisu antoi ymmärtää, että se harkitsi siinä valitsemansa lähestymistavan muuttamista.³¹³ Ratkaisu on mainittu oikeuskirjallisuudessa luovutussääntelyn soveltamisalan kaventamisen aloittaneena ratkaisuna. Siinä EU-tuomioistuin vaikutti ensimmäistä kertaa vetäytyvän luovutuksen käsitteen muista ratkaisuista pärisin olevasta laajentamisesta ja korosti, että siirtyvän taloudellisen kokonaisuuden piti olla pysyvä.³¹⁴ Ole Rygaard työskenteli Svend Pedersen A/S- nimisessä rakennusliikkeessä, joka rakensi SAS Service Partner A/S nimisen yhtiön työmaaruokalaa. Svend Pedersen ilmoitti 27.1.1992 viimeksi mainitulle, että se toivoi Strø Mølle- nimisen yrityksen saattavan loppuun osan työstä (katto- ja puusepäntyöt). Strø

Mølle teki 29.1.1992 tarjouksen SAS Service Partnerille. SAS Service Partner ja Strø Mølle tekivät 30.1.1992 sopimuksen, jonka mukaan Strø Mølle suorittaisi työn loppuun, että jotkut Pedersenin työntekijät jatkoivat työskentelyä Strø Møllelle, ja että Strø Mølle otti haltuunsa rakennustyömaalla olleet rakennusaineet viimeistelläkseen sovitun työn. Rygaard irtisanottiin ja Strø Mølle otti työt vastuulleen. Ratkaisussa EU-tuomioistuin totesi, että ”Edellä mainittu oikeuskäytäntö edellyttää, että luovutus koskee taloudellista kokonaisuutta, joka on järjestetty vakiintuneella tavalla ja jonka toiminta ei rajoitu tietyn työn suorittamiseen. - - Tälle edellytykselle on vierasta sellainen tilanne, jossa yritys luovuttaa toiselle yritykselle yhden työmaistaan sen loppuunsaattamiseksi. Tällainen luovutus kuuluu direktiivin soveltamisalaan vain silloin, kun siihen liittyy sellaisen järjestyneen kokonaisuuden luovuttaminen, joka mahdollistaa luovuttajayrityksen toimintojen jatkamisen vakiintuneella tavalla. - - Näin ei ole, jos - kuten pääasiaa koskevassa asiassa - tämä viimeksi mainittu yritys asettaa uuden urakoitsijan käyttöön vain muutamia työntekijöitä ja rakennusaineita, joilla oli tarkoitus varmistaa kysymyksessä olevien töiden toteuttaminen.”³¹⁵

³¹¹ Kiiha 2002 s. 85-86 ja alaviitteet 41 ja 42

³¹² Bruun – Malmberg 2006 s. 7 ja alaviite 17

³¹³ Barnard 2012 s. 594

³¹⁴ Bowers 2002 . 406

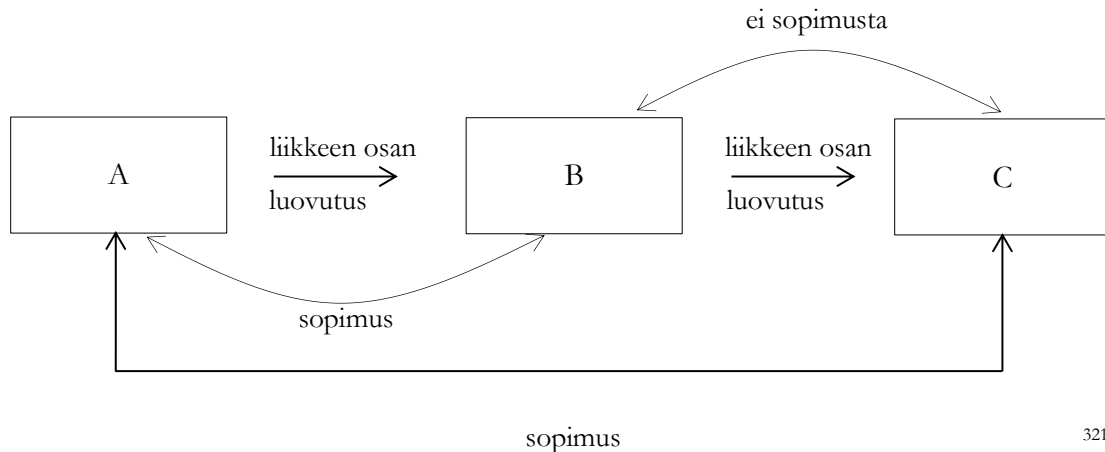
³¹⁵ Asia C-48/94 Rygaard, kohdat 20-23

Tuomioistuimien hylkäsi Rygaardin esittämän argumentin toimintojen samanlaisuudesta ja totesi, että Pedersenin ja Strø Møllen hoitamien tehtävien samanlaisuus ei ollut riittävää.³¹⁶ Ratkaisu ei kuitenkaan haudannut kokonaan Schmidtin ”sama toiminta”-lähestymistapaa, joka saatettiin vielä havaita yhdistetyissä asioissa C-171/94 ja C-172/94 Merckx ja Neuhuys³¹⁷, joka merkitsi samalla direktiivin liberaalimpaa tulkintaa.³¹⁸ Asiassa Rygaard annetun ratkaisun jälkeen vaikutti siltä, että Eurooppalainen kanta sääntelyn soveltumisedellytyksiin oli suhteellisen selkeä, ja että ratkaisuilla oli yhtenäinen lähestymistapa kysymykseen. Se tasoitti tietä EU-tuomioistuimen uudelle, tiukemmalle lähestymistavalle contracting out- tilanteisiin, jonka se otti asiassa C-13/95 Süzen.³¹⁹ Ratkaisua on kuvattu hyvin vahingolliseksi aikaisemmin vallinneille oletuksille luovutuksen käsitteen sisällöstä, ja tuomioistuimilla kesti kauan tottua ratkaisun luomaan uuteen tilanteeseen.³²⁰

5.4 Second round contracting out – contracting out to third parties

Second round contracting out: alihankkijan vaihtaminen

1) Contracting out to third parties: C-13/95 Süzen ja C-51/00 Temco



321

5.4.1 Asia C-13/95 Süzen

Ratkaisussa oli kyse alihankkijan vaihtamisesta, jossa siivoustehtäviä hoitanut alihankkija vaihdettiin sopimuskauden päätyttyä kilpailevaan alihankkijaan.³²² Ayse Süzen irtisanottiin, kun kun

³¹⁶ Rygaard oli esittänyt tuomioistuimelle, että että Strø Møllen uudelleen aloittama työmaa oli sama kuin se, josta S.P. oli ollut vastuussa ja ettei töiden kesto voinut olla määräävä tekijä harkittaessa, onko yrityksen luovutus sellainen, jota direktiivissä tarkoitetaan, vastaavasti kuin yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Schmidt 14.4.1994 antamassa tuomiossa, jossa luovutetun toiminnan laajuutta ei pidetty ratkaisevana.

³¹⁷ Barnard 2012 s. 595. Ratkaisua on tarkasteltu lähemmin edellä.

³¹⁸ Bowers 2002 s. 407

³¹⁹ Barnard 2012 s. 595. On perusteltua sanoa, että EU-tuomioistuin käänsi ironisesti takkinsa, koska samaan aikaan, kun Englannissa tuomioistuimet olivat laajentamassa luovutuksen soveltamisalan rajoja, se oli kaventamassa niitä. Ibid.

³²⁰ Bowers 2002 s. 407

³²¹ Barnard 2012 s.588

³²² Kiiha 2002 s. 86

siivousyritys, jossa hän työskenteli, menetti erään koulun siivousta koskevan palvelusopimuksen toiselle palveluntarjoajalle.³²³ Süzenin ja seitsemän muun työntekijän työ sopimukset oli irtisanottu siltä varalta, ettei yrityksen siivoussopimusta uusittaisi. Vaikka EU-tuomioistuim vahvisti aikaisemmissa ratkaisuissa (Spijkers, Redmond, Merckx ja Schmidt) omaksumansa lähestymistavat, se vaikutti poikkeavan niistä lausumalla, että ”pelkästään sen seikan perusteella, että aiemman toimeksisaajan ja uuden toimeksisaajan tarjoama palvelu on samanlainen, ei - - voida päätellä, että kyseessä olisi taloudellisen kokonaisuuden luovutus. - - työvoimavaltaisilla toimialoilla liikkeenluovutusdirektiivin 1 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, ettei sitä sovelleta tilanteeseen, jossa toimeksiantaja irtisanoo toisen yrityksen kanssa tekemänsä palvelusopimuksen, ja tekee samanlaisten töiden hoitamista koskevan uuden sopimuksen toisen yrityksen kanssa, jos toimenpiteen yhteydessä ei luovuteta huomattavaa määrää aineellista tai aineetonta omaisuutta yritysten välillä, eikä uusi yritys ota palvelukseensa lukumääräisesti ja pätevyyden osalta huomattavaa osaa siitä henkilökunnasta, jonka sen edeltäjä oli osoittanut sopimuksen täytäntöönpanon edellyttämiin tehtäviin.”³²⁴

Kyse oli siis aikaisemmin käsittelemästäni kysymyksestä, joka koski luovutuksen kohteen määrittämistä. Jotta en toistaisi itseäni enempää, totean vain lyhyesti, että ratkaisussa EU-tuomioistuim siirtyi sitä koskevassa arvioinnissa pelkän toiminnon luovuttamisesta laajempaan taloudellisen kokonaisuuden määritelmään. Alihankkijan vaihtamisen katsottiin siis sinänsä voivan kuulua liikkeenluovutusdirektiivin soveltamisalaan, mutta tapauksessa EU-tuomioistuimen määrittämät (uudet) luovutuksen toteutumiskriteerit eivät täyttyneet. Edellä mainitusta seuraa, että pelkkä toiminnan luovutus, esimerkiksi siivous, ei konstituoisi itsessään luovutusta vaan ”jotain tarvitaan lisää”, kuten aineellisen omaisuuden siirtyminen, aineettoman omaisuuden arvoa luovutushetkellä tai ydintyövoiman siirtyminen uuden työnantajan palvelukseen.

³²³ Kyse oli siis alihankkijan vaihtamista koskeville tilanteille hyvin tyypillisestä kolmikanta-asetelmasta (käyttäjärityksen ja kahden kilpailevan palveluyrityksen suhteesta, jossa jälkimmäisten välillä ei vallinnut minkäänlaista sopimussuhdetta). Sopimuskauden päätyttyä koulun siivous oli annettu toiselle yritykselle. Saloheimo oli päätellyt ratkaisuselostuksen ja silloisen julkisasiamiehen La Pergolan lausunnon (15.10.1996) perusteella kyseessä olleen kilpailutustilanne. Tapauksessa oli käsillä alihankkijan vaihdokselle tyypillinen kolmikanta-asetelma, käyttäjäyrityksen ja kahden kilpailevan palveluyrityksen välinen suhde. Tämä ei tapauksessa aiheuttanut ongelmia, sillä EU-tuomioistuim oli jo aikaisemmassa käytännössään katsonut, että kahdessa vaiheessa kolmannen osapuolen välityksin tapahtuva luovutus voi kuulua direktiivin soveltamispiiriin, vaikka luovuttajan ja saajan välillä ei ole suoraa sopimussuhdetta. Kuriositeettina voidaan tässä yhteydessä mainita, että tuomioistuimen kanta oli liberaalimpi kuin julkisasiamiehen. La Pergolan lausunnon mukaan (kohta 7) kilpailevien palveluyritysten väliltä puuttui sopimussuhde, minkä vuoksi direktiiviä ei olisi voitu soveltaa. Saloheimo 1998 s. 253

³²⁴ Asia C-13/95 Süzen, kohdat 15 ja 23. Henkilöstön siirtymisen tunnusmerkkiin kuuluu ratkaisun mukaan siis sekä määrällinen että laadullinen kriteeri. Saloheimon mukaan ratkaisun logiikkaa seuraten tämä tarkoittaisi sitä, että jos siirryneitä toimintoja on ollut hoitamassa pätevyyttä silmällä pitäen tärkeitä työntekijöitä, myös näiden työntekijöiden on siirryttävä henkilöstön enemmistön mukana. Jos taas tällaista erityistä henkilöstöä ei ole, liikkeen luovutuksen tunnusmerkistön täytyminen on ratkaistava muiden kriteerien perusteella. Saloheimo 1998 s. 257. Asia Schmidt C-392/92 on toisaalta mielenkiintoista arvioida siinä valossa, että sen olosuhteet täyttivät myös Süzen-ratkaisun kriteerin ”huomattavasta osasta henkilökuntaa”, koska kyseistä työtehtävää oli hoitanut ainoastaan yksi työntekijä.

Myöhemmän oikeuskäytännön perusteella pelkän ydintyövoiman siirtymistä voidaan pitää ratkaisevana tekijänä ainoastaan aloilla, joilla toiminta perustuu pohjimmiltaan työvoimaan.³²⁵ Süzen- ratkaisun jälkeisessä oikeuskäytännössään (Yhdistetyt asiat C-127/96 Vidal, C-229/96 Santner ja C-74/97 Montana sekä yhdistetyt asiat C-173/96 Hidalgo ja C-247/96 Ziemann) EU-tuomioistuin on vahvistanut kokonaisharkintaa ratkaisun perustana. Huomioon tulee siis ottaa eri toimialojen väliset ja saman toimialan sisälläkin kussakin yksittäistapauksessa olevat erot. Näistä ratkaisuista ilmenee lisäksi, että varsinaisten ulkoistamistapausten lisäksi samojen edellytysten nojalla tulee arvioida alihankkijan vaihtamista ja toiminnon sisäistämistä.³²⁶

5.4.2 Asia C-51/00 Temco

Asiassa C-51/00 Temco oli kysymys siivousurakoitsijoiden vaihtamisesta Volkswagenin tehtaita Belgiassa. Asian osapuolet olivat Temco Service Industries, joka oli tehnyt Volkswagen Bruxelles AS:n teollisuuskiinteistöjen siivouksesta sopimuksen, ja 4 työntekijää, jotka olivat General Maintenance Contractors SPRL:n työntekijöitä; kyseisen yrityksen tehtäväksi oli Buyle Medros Vaes Associates SA:n aliurakoitsijana annettu samojen tehtävien suorittaminen aiemalla sopimuksella, joka sittemmin on irtisanottu. Temco kiisti, että näiden neljän työntekijän työ sopimukset olisivat automaattisesti siirtyneet sille direktiivin nojalla.³²⁷ EU-tuomioistuimen mukaan ”direktiiviä sovelletaan tilanteeseen, jossa urakan antaja, joka oli sopimusteilse antanut tilojensa siivoamisen sellaisen ensimmäisen yrittäjän tehtäväksi, joka teetäti siivoustyön aliurakoitsijalla, irtisanoo sopimuksen ja tekee tätä samaa työtä koskevan uuden sopimuksen toisen yrittäjän kanssa, kun tämän toimen yhteydessä ei luovuteta aineellista tai aineetonta omaisuutta ensimmäisen yrittäjän tai aliurakoitsijan ja uuden yrittäjän välillä mutta uusi yrittäjä ottaa työmarkkinaosapuolten välisen sopimuksen mukaisesti osan aliurakoitsijan henkilöstöstä palvelukseensa, *kunhan kyseessä on sekä lukumääräisesti että pätevyydeltään olennainen osa siitä henkilöstöstä, jonka aliurakoitsija oli osoittanut erityisesti aliurakan hoitamiseen.*”³²⁸ Yllä mainitut ratkaisut näyttäisivät viittaavan siihen, että ostopalvelujen toimittajan vaihtuminen sellaisessa kilpailuasetelmassa,

³²⁵ Saarinen 2003 s. 478. Ratkaisussa KKO 1991:141 oli kyse ennen Süzen ratkaisua annetusta alihankkijan vaihtamisesta koskeneesta tilanteesta. Lääketehtas A oli irtisanonut sen ja tehtaan työpaikkaruokala A:n tiloissa ja kalustolla hoitaneen B:n välisen sopimuksen. A oli sopinut toiminnan jatkamisesta C:n kanssa, joka oli palkannut oman henkilökunnan ottamatta B:n työntekijöitä palvelukseensa. Vaikka liiketoiminta oli B:n toimesta keskeytyksellä samantyyppisenä ja samaa kalustoa käyttäen, liikkeen luovutusta ei katsottu tapahtuneen. B ja C eivät olleet sopineet tai neuvotelleet keskenään sellaisesta toiminnan luovuttamisesta yhtiölle, joka olisi tosiasiallisesti toteutunut B:n ja C:n välisellä sopimusjärjestelyllä. Myöskään Süzen- ratkaisun osoittamien suuntaviivojen perusteella tapausta arvioitaessa kyseessä ei olisi ollut liikkeen luovutus. Sen toteutumiselta olisi oletettavasti edellytetty huomattavan henkilöstön ja/tai omaisuuden osan siirtymistä B:ltä C:lle. Sen sijaan sillä, että B ja C eivät olleet neuvotelleet toiminnan luovutuksesta tai se, että se ei toteutunut näiden välisellä sopimusjärjestelyllä, ei vallitsevien arviointikriteerien perusteella olisi oletettavasti ollut merkitystä.

³²⁶ Kiiha 2002 s. 87 ja alaviite 46

³²⁷ Liikkeen luovutukselta edellytettävä oikeudellinen yhteyden vaatimus täyttyy alihankintatilanteissa tyypillisesti erilaisilla aliurakasopimuksilla, joilla luodaan urakan antajan ja aliurakoitsijan välille erilaisia siteitä. Tällaiset siteet voivat olla juridisia, kuten maksaminen suoraan aliurakoitsijalle, ja jotka ovat ainakin tosiasiallisia, kuten suoritettun työn valvonta ja päivittäinen tarkastaminen. Näiden siteiden välityksin liikkeen luovutuksen edellytykset voivat toteutua, jos myös sen muut edellytykset täyttyvät. Valkonen 2006 s. 592

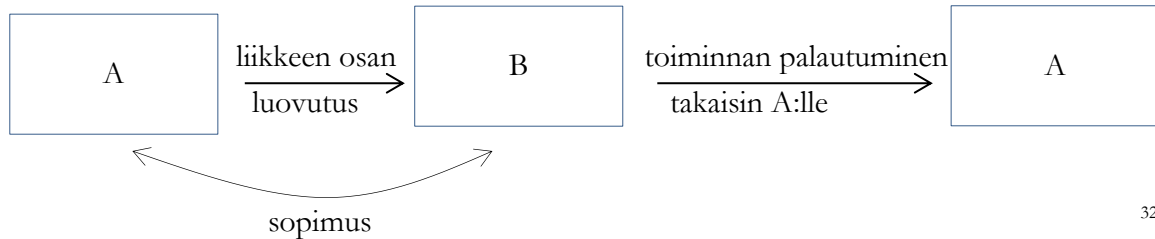
³²⁸ Asia C-51/00 Temco, kohta 33

missä aikaisemman ja uuden toimittajan välillä ei tapahdu merkittävää työvoiman siirtymistä, jäisi liikkeenluovutusdirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

5.5 Second round contracting out – contracting back in

Second round contracting out: toiminnan palautuminen alihankkijalta alkuperäiselle työnantajalle

2) Contracting back in: yhdistetyt asiat C-127/96, C-229/96 ja C-74/97 Hernández Vidal ja asia C-463/09 CLESE



329

5.5.1 Yhdistetyt asiat C-127/96, C-229/96 ja C-74/97 Hernández Vidal

Yhdistetyissä asioissa C-127/96, C-229/96 ja C-74/97 Hernández Vidal yhteisenä ennakkoratkaisukysymys oli, sovelletaanko direktiiviä — ja mikäli tähän vastataan myöntävästi, millaisin edellytyksin — tilanteeseen, jossa toimitilojensa tai osan niistä siivouksen toisen yrityksen tehtäväksi antanut yritys päättää lopettaa tämän toisen yrityksen kanssa tekemänsä sopimuksen voimassaolon ja huolehtia jatkossa itse kyseessä olevista töistä. Ratkaisussaan EU-tuomioistuin totesi, että ”direktiivin 77/187 1 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että direktiivi on sovellettavissa tilanteeseen, jossa toimitilojensa tai osan niistä siivouksen toisen yrityksen tehtäväksi antanut yritys päättää lopettaa tämän toisen yrityksen kanssa tekemänsä sopimuksen voimassaolon ja huolehtia jatkossa itse kyseessä olevista töistä, kunhan kyseiseen liiketoimeen liittyy liiketoimintakokonaisuuden luovutus näiden yritysten kesken. Pelkästään sen seikan perusteella, että siivousalan yrityksen ja toimitilat omistavan yrityksen kummankin vuorollaan hoitamat kunnossapitotehtävät ovat samanlaisia, ei ole pääteltävissä, että olisi tapahtunut liiketoimintakokonaisuuden luovutus.”³³⁰ Tapauksessa keskeiseen rooliin nousi jälleen liiketoimintakokonaisuuden määrittäminen ja toimialaperusteinen painoarvotus luovutuksen kriteereissä.

5.5.2 Asia C-463/09 CLESE

Asiassa C-463/09 Clese siivouspalveluja myyvä yritys oli tehnyt sopimuksen kunnan koulujen ja muiden tilojen siivouksesta. Palveluhankinnoista vastaava Ayuntamiento de Cobisa ilmoitti 9.11.2007 CLECE:lle aikomuksestaan sanoa irti tämän yhtiön kanssa tekemänsä sopimus

³²⁹ Barnard 2012 s. 588

³³⁰ Yhdistetyt asiat C-127/96, C-229/96 ja C-74/97 Hernández Vidal, kohta 14

31.12.2007 alkaen, koska se aikoi vastata tästä lähtien asianomaisten tilojen siivouksesta itse. Ayuntamiento de Cobisa palkkasi uutta henkilökuntaa ottamatta palvelukseensa CLECE:n näihin tehtäviin aiemmin osoittamia työntekijöitä tai käyttöönsä mitään muutaakaan tämän yrityksen aineellista tai aineetonta liikeomaisuutta. Tuomioistuimen mukaan ”pelkästään sen perusteella, että CLECE:n ja Ayuntamiento de Cobisan harjoittama toiminta on samankaltaisia tai jopa täysin samanlaista, ei voida katsoa, että taloudellinen yksikkö on säilyttänyt identiteettinsä. Näin on siksi, ettei yksikön voida katsoa muodostuvan pelkästään harjoitetusta toiminnasta. - - Pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen taloudellisen yksikön identiteetti, joka perustuu olennaisella tavalla työvoimaan, ei voi säilyä, jos luovutuksensaajaksi katsottu taho ei ole ottanut palvelukseensa olennaista osaa sen henkilökunnasta.”³³¹ Kun alihankintaan siirrytään usein nimenomaan kustannusten alentamiseksi, merkitsee se yleensä myös sitä, ettei henkilöstön tosiasiallista siirtymistä voida käyttää tunnistamiskriteerinä.³³² Luovutuksensaaja on nimenomaisesti voinut asettaa kaupan ehdoksi, että henkilöstöä ei siirry. Tilannetta on tällöin arvioitava sen todellisen luonteen mukaisesti. Tapauksen perusteella voidaan nähdäkseni esittää vahvoin perustein, että contracting out- luovutuksissa työvoimavaltaisella alalla edellytetään huomattavan määrän työvoimaa siirtyvän luovutuksensaajalle.

5.6 Alihankkijan vaihtuminen ja luovutussääntelyn soveltumisedellytysten arviointia

Alihankkijan vaihtamisessa liikkeen luovutuksen toteutumiselta edellytetään siis *tiettyjen toimenpiteiden toteutumista kilpailevien tarjoajien välillä*. Tällaisia voisivat olla esimerkiksi henkilöstön tai edellisen alihankkijan alihankintatehtävän suorittamiseen tarkoittamien tuotantovälineiden siirtyminen tarjouskilpailun voittajan resursseihin. Kun kilpailutetaan urakka- tai muiden sopimusten kautta jonkin osakokonaisuuden hoitamista monien kilpailevien tarjoajien kesken, ei näiden välillä tapahdu tällaista resurssien siirtymistä eikä ainakaan (yleensä) ennen kilpailun ratkeamista vallitse liikkeen luovutuksen kriteereihin kuuluvaa sopimussuhdetta tai yhteisymmärrystä. Liikkeen luovutuksen aktualisoivat tekijät alihankinnan suorittajaosapuolten välillä voivat siis toteutua vasta tarjouskilpailun ratkettua.³³³ Jos toimeksiantajayritys myydään toiselle yritykselle, kyse ei ole liikkeen luovutuksesta suhteessa alihankkijaan, eivätkä alihankkijan palveluksessa olevat työntekijät voi vedota liikkeen luovutukseen ja esittää perusteltuja vaatimuksia työn tarjoamisesta luovutuksensaajan palveluksessa.³³⁴ Selvää onkin, että pelkästään alihankkijan vaihtaminen ei tarkoita sääntelyn soveltumisen edellyttämää taloudellisen kokonai-

³³¹ Asia C-463/09 CLESE, kohta 41

³³² Luovutuksensaaja on nimenomaisesti voinut asettaa kaupan ehdoksi, että henkilöstöä ei siirry. Tilannetta on tällöin arvioitava sen todellisen luonteen mukaisesti. Ratkaisevaa arvioinnissa on, käsittääkö luovutus suurimman osan aiemmin omalla henkilökunnalla hoidetusta toiminnasta. Ellei näin ole, kyse ei ole toimintakokonaisuuden luovutuksesta. Tätä ei osoita yksin se, että vanhan ja uuden yrityksen välillä vallitsee suora sopimussuhde, asiakaspiiri on sama tai että työ on samanlaista ja se jatkuu keskeytyksittä. Valkonen 2006 s. 618

³³³ Kairinen 2009 s. 292

³³⁴ Valkonen 1999 s. 125

suuden luovutusta. Siihen edellytetään liittyvän pysyvän taloudellisen toiminnan harjoittamisen mahdollistavia tekijöitä.³³⁵

5.7 Milloin voidaan varmasti sanoa, että yritysjärjestely on liikkeen luovutus?

Ensimmäiseen tutkimuskysymykseen, eli siihen, konstituoivatko tietynlaiset yritysjärjestelyt automaattisesti liikkeen luovutuksen, vastatakseni käyn tässä kappaleessa yhteenvedona läpi edelliseen esitykseen perustuen yritysjärjestelymuotoja ja niiden luovutusarvioinnissa painotettavia tekijöitä. Keskeinen lähtökohta arvioinnille yritys näkökulmasta on se, vaihtuuko järjestelyssä yhdenkin työntekijän työnantaja. Työnantajisuuden vaihtumista ja sopimusedellytystä koskeva arviointi on mielestäni kohtuullisen selväpiirteistä, ja koska olen käynyt niiden toteutumisedellytyksiä aikaisemmin, keskityn tässä esittämään suuntaviivoja arvioinnille identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden muodostumisesta ja sille, milloin liikkeenluovutussääntely soveltuisi sen täyttyessä. Selvää on, että liikkeenluovutussääntelyn soveltumisedellytykset täyttyvät sopimusperusteisessa yritys järjestelyssä (kaupassa), jossa työnantaja vaihtuu, ja jonka kohteena on sellainen kokonaisuus, jossa siihen kuuluvat työntekijät ja siinä käytettävä omaisuus siirtyvät luovutuksensaajalle. Tällaisen kokonaisuuden voitaneen arvioida aina säilyttävän identiteettinsä ja täyttävän luovutussääntelyn soveltumisedellytykset.

5.7.1 Pääoma- ja työvoimavaltaisen toimialan erot sääntelyn soveltumisen kannalta

Suuri osa yritys järjestelyistä on kuitenkin sellaisia, että sääntelyn soveltuminen ei ole mitenkään itsestään selvää. Kyseessä voi olla esimerkiksi pelkän henkilöstön tai pelkän omaisuuden siirtymisestä luovutuksensaajalle. Kun lähdetään luovutuskohteen ominaisuuksia koskevaan arviointiin, sen kannalta keskeistä on se, että EU-tuomioistuin on erottanut toisistaan kaksi yritystyyppiä: Niihin, jotka ovat pääomavaltaisia ja niihin, jotka eivät ole.³³⁶ Pääomavaltaisen yrityksen kohdalla liikkeen luovutus voi toteutua vain, kun samalla vastaanottajalle siirtyy merkittävä määrä aineellista tai aineetonta omaisuutta.³³⁷ Toisaalta työvoimavaltaisilla toimialoilla (aloilla, jotka perustuvat työvoimaan, kuten siivous-, vartiointi ja turvallisuuspalvelualoilla) pelkän (ydin)työvoiman siirtyminen voi muodostaa luovutuksen. Myös näissä ääripäissä voitaneen kohtuullisen helposti arvioida, millä edellytyksillä luovutussääntelyn soveltuminen on vähintään todennäköistä. Yhteenvedona pääomavaltaisen ja työvoimavaltaisen toimialan välinen ero arvioinnissa on esitettävissä siten, että *pääomavaltaisella alalla pelkän omaisuuden siirtyminen ei muodosta liikkeen luovutusta, mutta liikkeen luovutusta ei myöskään olisi, mikäli omaisuutta ei siirry henkilös-*

³³⁵ Blanpain 2003 s. 515

³³⁶ Barnard 2012 s. 596

³³⁷ Barnard 2012 s. 596 ja alaviitteet 144 ja 145, joissa kirjoittaja viittaa EFTA-tuomioistuimen asiassa E-3/96 Ask antamaan ratkaisuun, jonka mukaan jos omaisuutta eikä henkilöstöä siirry, ei ole myöskään liikkeen luovutusta.

tön mukana. Toisaalta työvoimavaltaisilla toimialoilla pelkän henkilöstön siirtyminen saattaa muodostaa sääntelyn soveltumisedellytykset täyttävän identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden.

5.7.2 Vuokrasuhteet ja contracting out- järjestelyt

Contracting out- tilanteiden osalta uskallan todeta, että toimialasta riippumatta sekä omaisuuden että työntekijöiden siirtyminen luovutuksensaajalle (esimerkiksi alihankkijan vaihtamista koskevassa tilanteessa kilpailutuksen seurauksena tarjouskilpailun hävinneeltä osapuolelta siirtyvät sen voittaneelle sekä toiminnassa käytetty omaisuus että kaikki työntekijät) luovutussääntelyn voitaisiin arvioida soveltuvan tilanteeseen. Työvoimavaltaisilla aloilla puolestaan työntekijöiden valtaosan siirtyminen vastaanottajalle, oli tämä taho sitten tarjouskilpailun voittaja tai jokin muu, täyttäisi sääntelyn soveltumisedellytykset. Vuokrasuhteissa lähtökohtana arvioinnille on niin ikään identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden arviointi, joka suoritetaan edellä kuvailemieni kriteerien mukaisesti. Vuokrasuhteita koskeneissa EU-tuomioistuimen ratkaisuissa ei ole otettu kovin syvälle menevää kantaa luovutuskohteen ominaisuuksien suhteen, mutta edelleen, työvoimavaltaisilla aloilla työntekijöiden (valtaosan) siirtyminen uudelle työnantajalle muodostaisi luultavasti sellaisenaan identiteettinsä säilyttävän kokonaisuuden. Merkittävää molempien järjestelytyyppien osalta on havaita, että niissä luovutuksen osapuolten välillä ei useinkaan vallitse minkäänlaista sopimussuhdetta.

Syvemmälle tasolle liikuttaessa ”soveltumisoheiden” osoittaminen hankaloituu. Etenkin, kun lähdetään Spijkers- kriteerien ulkopuolelle arvioimaan yrityksen organisaatiota ja muita hyvin spesifejä ominaisuuksia, yleisten arviointiperusteiden hankaloituu suuresti yrityksiin ja niitä koskeviin järjestelyihin liittyvän monimuotoisuuden takia. Toisaalta voidaan kysyä, kuinka pitkälle on mielekästä pyrkiä osoittamaan, minkälaisissa tilanteissa sääntely soveltuisi, koska mitä syvemmälle tasolle luovutuskohteen ominaisuuksia koskevassa arvioinnissa mennään, sitä epävarmemmaksi lopputulos käy. Luovutussääntelyn soveltumisen arvioinnissa pitäisi olla käsillä tosiasiallinen yritysjärjestelytapaukset, jonka ominaisuuksien perusteella arviointi suoritetaan. Etukäteisen arvioinnin hankaluutta kuvastaa se, että hyvin moni korkeimman oikeuden liike-keenluovutustuomioista on äänestyspäätöksiä.³³⁸

6. Osapuolten toimenpiteiden vaikutusmahdollisuus sääntelyn soveltumiseen

6.1 Yleistä

Yritysjärjestelyjen osapuolilla olisi usein intressiä välttää luovutussääntelyn soveltuminen harkitsemaansa yritysjärjestelyyn. Tämä mahdollistaisi vastaanottajalle muun muassa vapaan työ-

³³⁸ Äänestyspäätöksiä ovat olleet mm. ratkaisut KKO 1996:10, KKO 1999:69, KKO 1999:70 ja KKO 2002:54.

voiman rekrytoimisen luovutuksen kohteena oleviin tehtäviin ilman luovuttajalta seuraavaa ”painolastia”, johon liittyvät muun muassa työehtosopimuslain mukainen velvoite soveltaa luovutuksen mukana seuraaviin työntekijöihin työehtosopimusta sopimuskauden loppuun asti.³³⁹ Liikkeen luovutuksen toteutumista koskevien arviointiperusteiden kategorinen edellyttäminen tilanteen kokonaisarvioinnissa saattaisi muodostaa riskin siitä, että luovutuksen osapuolet pystyisivät vaikuttamaan luovutussääntelyn soveltumiseen. Esimerkiksi se, että luovutuksen toteutumiselta vaadittaisiin automaattisesti, että henkilöstöä on siirtynyt luovutuksensaajalle tarkoittaisi sitä, että luovutusta koskeva sääntely ei soveltuisi järjestelyyn, mikäli näin ei ole tapahtunut. Liikkeenluovutusdirektiivin tarkoituksenaan on, että luovuttajan työntekijöiden työ sopimukset pidetään voimassa luovutuksensaajan tahdon vastaisestikin. Näissä tapauksissa luovutuksensaaja saattaisi estää direktiivin soveltumisen kieltäytymällä ottamasta palvelukseensa valtaosaa työntekijöistä; jos kyseessä on puolestaan pääomavaltainen kohde, luovutuksensaaja voisi kiertää sääntelyä kieltäytymällä ottamasta haltuunsa siihen liittyvää omaisuutta. Luovutuksensaajat arvioivat tämän kuitenkin omalla riskillään.³⁴⁰

6.1.1 Työntekijöiden suojeluperiaatteen vaikutuksista tuomioistuinkäytännössä

Työntekijöiden suojeluperiaatteen vaikutuksesta luovutussääntelyn soveltumista koskevaan harkintaan on oikeuskirjallisuudessa todettu, että rajatapauksissa liikkeen luovutuksen ja toiminnan lopettamisen välillä on työ sopimuslain heikomman osapuolen suojelutarkoituksen mukaan lähdettävä siitä, että kysymyksessä on liikkeen luovutus, ellei erityisistä syistä ole pädyttävä vastakkaiseen tulokseen.³⁴¹ Kairisen mukaan aito liiketoiminnan lakkaaminen on pidettävä erillään peitellysti tehdystä liikkeen luovutuksesta. Jos tällainen tarkoitus voidaan todeta, sillä on merkitystä asiaa koskevassa arvioinnissa.³⁴² EU-tuomioistuimessa on otettu kantaa muun muassa irtisanomisiin, jotka se on katsonut suoritetun luovutuksen perusteella. Asiassa C-51/00 Temco annetun ratkaisun mukaan ”se seikka, että luovuttajan henkilöstö on irtisanottu vain muutama päivä ennen sitä päivämäärää, jona luovutuksensaaja otti henkilöstön uudeen palvelukseensa - mikä osoittaa, että irtisanomisperusteena oli toiminnan luovutus - ei voi

³³⁹ Työehtosopimuslain (7.6.1946/436) 5§:n mukaan, ”jos jonkin yrityksen haltija on ollut työehtosopimukseen osallinen tai muuten sidottu, siirtyvät hänen seuraajalleen kaikki ne oikeudet ja velvollisuudet, jotka edeltäjällä työehtosopimuksen mukaan oli.”

³⁴⁰ Barnard 2012 s. 597

³⁴¹ Tiitinen – Saloheimo – Bruun 1989 s. 198

³⁴² Kairinen 1997 s.26. Ratkaisussa KKO 2001:49 katsottiin olevan liikkeen luovutus, vaikka luovutuksensaaja ei ottanut yhtään luovuttajan työntekijöistä palvelukseensa. Tuomioistuin perusteli päätöstä muun muassa sillä, että uusi yritys oli kehottanut ennen toiminnan luovutusta vanhan yrityksen henkilökuntaa hakemaan työtä sen palveluksessa. Henkilökuntaa ei kuitenkaan siirtynyt, mikä johtui tapauksessa esitetyn näytön perusteella todennäköisesti taloudellisista syistä. Uuden yrityksen toimitusjohtaja oli etukäteen pidetyssä keskustelussa kertonut, että yritys kykenee tarjoamaan töitä ainakin osalle työntekijöistä. Lisäksi osan kanssa oli käyty neuvotteluja. Kun työntekijät olivat myöhemmin esittäneet kantanaan, että kysymyksessä on todennäköisesti liikkeen luovutus, neuvotellut henkilöstön palkkaamisesta olivat katkenneet. Korkein oikeus katsoi, että ratkaisevaa merkitystä ei voida antaa sille seikalle, ettei uusi yritys ottanut vanhan yrittäjän työntekijöitä lainkaan palvelukseensa. Tuomioistuin perusteli päätöstään muun muassa sillä, että muu johtopäätös olisi liikkeenluovutussääntelyn vastaista.

merkitä sitä, että työntekijät menettäisivät oikeutensa siihen, että heidän työ sopimuksensa pysyvät voimassa ja sitovat luovutuksensaajaa. Näin ollen henkilöstön on katsottava olleen yhä työsuhteessa luovutushetkellä.”³⁴³

6.1.1.1 Henkilöstön siirtymiskriteerin sivuuttaminen arvioinnissa

Asiassa C-340/01 Abler oli kyse sairaalan ruokalapalvelua koskevasta contracting out- tilanteesta. Siinä luovutuksensaaja Sodexho kieltäytyi ottamasta vastaan luovuttaja Sanrestin henkilökuntaa, mutta otti kuitenkin käyttöönsä luovuttajan käyttämän välineistön, koska se kuului sairaalalle, jolle ensin luovuttaja ja nyt luovutuksensaaja, valmisti ateriat. *Sodexho väitti, että koska se ei ole ottanut lainkaan henkilöstöä palvelukseensa, ei kyse voi olla direktiivissä 77/187/ETY tarkoitetusta identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden luovuttamisesta.* EU-tuomioistuin totesi ratkaisussaan, että ”se, että uusi yrittäjä ei ole ottanut palvelukseensa niin lukumääräisesti kuin pätevyydenkään osalta olennaista osaa työntekijöistä, jotka sen edeltäjä oli osoittanut samojen tehtävien suorittamiseen, ei riitä sulkemaan pois sitä, että kyseessä on direktiivissä 77/187/ETY tarkoitettu identiteettinsä säilyttävän taloudellisen kokonaisuuden luovutus laitospalvelujen alalla, jolla toiminta perustuu pääasiallisesti laitteisiin. - - vastakkainen päättely olisi direktiivin 77/187/ETY päätavoitteen eli sen vastainen, että luovuttajan työntekijöiden työ sopimukset pidetään voimassa luovutuksensaajan tahdon vastaisestikin.”³⁴⁴ Ratkaisussa EU-tuomioistuin siis mielenkiintoisella tavalla katsoi kyseessä olleen liikkeen luovutus, mutta perusteluna se ei esittänyt suoraan työntekijöiden suojelua koskevia näkökohtia, vaikka totesikin muun päätelmän (kuin luovutuksen toteutuminen) olevan direktiivin vastaista. Nähdäkseni direktiivin soveltuvuutta olisi voitu perustella laajemmin työntekijöiden suojelua koskevilla näkökohdilla, mutta lopputulos oli myös tuomioistuimen esittämillä perusteilla sama: direktiivi soveltui, vaikka vastaanottaja oli kieltäytynyt ottamasta vastaan luovuttajan työntekijöitä. Tapauksessa lienee ollut aivan selvää, että Sodexhon tarkoituksena oli ollut sääntelyn soveltumisen välttäminen.

Näkisin, että merkittävimmissä roolissa työntekijöiden suojelunäkökulmasta liikkeen luovutuksen mahdollisesti toteuttavien yritysjärjestelyjen ominaisuuksia koskevassa punninnassa olisi sen arviointi, miksi työntekijöitä ei ole – jos ei ole – siirtynyt luovutuksensaajalle. Onko henkilöstön siirtymättömyydessä ollut kyse mahdollisesti siitä, että järjestelyn osapuolet ovat joko

³⁴³ Asia C-51/00 Temco, kohta 28

³⁴⁴ Asia C-340/01 Abler, kohta 37. Sodexho perustaa väitteensä tuomioihin, joissa yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että siltä osin kuin tietyillä työvoimavaltaisilla toimialoilla yhteisen toiminnan piirissä pysyvästi työskentelevien työntekijöiden ryhmä voi muodostaa taloudellisen kokonaisuuden. Se väittää, että tämän oikeuskäytännön mukaan tällainen kokonaisuus voi säilyttää identiteettinsä luovutuksen jälkeenkin, kun uusi työnantaja ei pelkästään tyydy jatkamaan kyseistä toimintaa vaan myös ottaa palvelukseensa sekä lukumääräisesti että pätevyyden osalta olennaisen osan siitä henkilökunnasta, jonka sen edeltäjä oli erityisesti osoittanut hoitamaan näitä työtehtäviä.” Asia C-340/01 Abler, kohdat 31 ja 32.

tietoisesti pyrkineet sääntelyn soveltumattomuuteen tai siitä, että luovuttaja on yritysjärjestely näköpiirissään irtisanonut työntekijät työn vähentymisestä johtuvista syistä? Mielestäni henkilöstön siirtymiselle annettavaa painoarvoa luovutuksen toteutumista koskevan arvioinnin osatekijänä voidaan ylipäättään jossain määrin arvostella. Näin myös Äimälä, joka on kritisoinut henkilöstön siirtymistä liikkeen luovutuksen tunnusmerkkinä, koska henkilökunnan siirtyminen on itse asiassa liikkeen luovutuksen seuraus.³⁴⁵ Työntekijän tosiasiallista siirtymistä ei voida siten käyttää liikkeen luovutuksen ehdottomana tunnusmerkkinä, vaan toimialasta riippuen vaihtelevana tunnistamisen, sinänsä vahvana, apukriteerinä.³⁴⁶ Sen takia näkisin, että työntekijöiden siirtymiselle annettavaa painoarvoa pitäisi tulkita tapauskohtaisesti arvioimalla henkilöstön siirtymättä jäämisen syitä (mahdollinen sääntelyn kiertäminen sen takia, että tiedetään henkilöstön siirtymättä jäämisen saattavan johtaa tulkintaan, jonka mukaan järjestely ei olisi liikkeen luovutus) eikä kategorisesti antamalla painoarvoa suhteelle henkilöstön siirtyneen/siirtymättä jääneen määrän suhteen. Kairisen mukaan työntekijöiden enemmistön siirtymistä uuden työnantajan palvelukseen olisi Suomen oikeustilan kannalta pidettävä oikeastaan kehäpäätelmänä, koska työntekijöiden siirtymisessä on kyse liikkeen luovutuksen oikeusvaikutuksesta eikä sen oikeustosiseikastosta.³⁴⁷

Ratkaisussa KKO 2001:49 katsottiin olevan liikkeen luovutus, vaikka luovutuksensaaja ei ottanut yhtään luovuttajan työntekijöistä palvelukseensa. Tuomioistuimien perusteli päätöstä muun muassa sillä, että uusi yritys oli kehottanut ennen toiminnan luovutusta vanhan yrityksen henkilökuntaa hakemaan työtä sen palveluksessa. Henkilökuntaa ei kuitenkaan siirtynyt, mikä johtui tapauksessa esitetyn näytön perusteella todennäköisesti taloudellisista syistä. Uuden yrityksen toimitusjohtaja oli etukäteen pidetyssä keskustelussa kertonut, että yritys kykenee tarjoamaan töitä ainakin osalle työntekijöistä. Lisäksi osan kanssa oli käyty neuvotteluja. Kun työntekijät olivat myöhemmin esittäneet kantanaan, että kysymyksessä on todennäköisesti liikkeen luovutus, neuvottelut henkilöstön palkkaamisesta olivat katkenneet. Korkein oikeus katsoi, että ratkaisevaa merkitystä ei voida antaa sille seikalle, ettei uusi yritys ottanut vanhan yrittäjän työntekijöitä lainkaan palvelukseensa ja perusteli päätöstään muun muassa sillä, että muu johtopäätös olisi liikkeenluovutussääntelyn vastaista.

³⁴⁵ Kyseisen kriteerin tiukka soveltaminen voi vaikuttaa haitallisesti työntekijöiden mahdollisuuksiin saada työtä uuden yrittäjän palveluksessa liikkeen luovutusta lähellä olevissa tilanteissa. Työntekijöiden tosiasiallista siirtymistä olisikin hänen mukaansa käytettävä vain apukriteerinä rajatapauksissa. Äimälä 1995 s. 124.

³⁴⁶ Valkonen 2006 s. 611

³⁴⁷ Hän tosin toteaa itsekin, että työntekijöiden enemmistön siirtymisasiat voidaan liittää myös liiketoiminnan samantapaisena jatkamiskriteeriin, ja tässä mielessä kyse on oikeistosiseikastosta. Kairinen 1998 s.122, alaviite 6. Yhdistetyissä asioissa C-229/96 ja C-74/97 Hernández Vidal julkisasiamies Cosmas esitti samansuuntaisen huomion: direktiivin saavuttama lopputuloksesta (työsuhteiden jatkuminen luovutuksensaajalla) tulee olosuhde, joka määrittää direktiivin soveltumista. Tämä testi mahdollistaa luovutuksensaajan välttämään direktiivin niille osoittamia velvoitteita: luovutuksensaaja saattaisi pystyä vaikuttamaan direktiivin soveltumiseen kieltäytymällä palkkaamasta ”valtaosaa” työvoimasta. Ks. myös Barnard 2012 s. 597

Kuvailtujen ratkaisujen perusteella voitaneen esittää, että sekä EU-tuomioistuimella että korkeimmalla oikeudella esiintyy valmiutta lähestyä sääntelyn soveltuvuutta myös työntekijöiden suojelunäkökohtien perusteella siten, että arvioinnissa otetaan huomioon taustasyitä sille, miksi henkilöstöä ei ole siirtynyt vastaanottajalle.

6.1.1.2 Muiden poikkeavien seikkojen huomioon ottaminen

Myös muiden seikkojen, kuin henkilöstön siirtymisen, kategorinen arviointi voisi johtaa sääntelyn soveltumattomuuteen työntekijöiden suojelunäkökohtien vastaisesti. Yrityskaupassa toiminnan muovaaminen riittävästi alkuperäisestä poikkeavaksi, järjestämällä (pitkä) tauko ennen toiminnan aloittamista luovutuksensaajalla, jättämällä yrityskaupan ulkopuolelle aineellinen ja aineeton omaisuus tai jättämällä palkkaamatta luovuttajan henkilöstö, liikkeen luovutuksen toteutumiseen voitaisiin nähdäkseni pyrkiä vaikuttamaan epäasiallisin toimenpitein. Mahdollisuuden ainakin pyrkiä välttämään luovutussääntelyn soveltumista saattaisi tarjota myös vastaanotetun kokonaisuuden tiukka integrointi vastaanottavan yrityksen toimintaan.³⁴⁸ Asiassa C-466/07 Klarenberg EU-tuomioistuin kuitenkin esitti näkökohtia, joilla tällaiseen menettelyyn liittyvä sääntelyn kiertämiseen pyrkiminen voitaisiin estää. Se totesi, että ”ainoastaan organisatoriseen itsenäisyyteen perustuvaa käsitystä taloudellisen yksikön identiteetistä ei voida hyväksyä. Se merkitsisi nimittäin sitä, että pelkästään siitä syystä, että luovutuksensaaja päättää hajottaa hankkimansa yritys- tai liiketoiminnan osan ja sisällyttää sen omaan organisaatioonsa, direktiiviä 2001/23 ei sovellettaisi tähän yritys- tai liiketoiminnan osaan ja näin ollen kyseessä olevilta työntekijöiltä evättäisiin täten mainitulla direktiivillä myönnetty suojelu.”³⁴⁹

6.1.2 Järjestelytyyppien erityisiä ongelmia työntekijöiden suojelun näkökulmasta

Liikkeen luovutusta koskevan sääntelyn soveltumista koskeva harkinta sisältää tiettyjen sääntelyn soveltamisalaan kuuluvien yritysjärjestelytyyppien osalta seikkoja, jotka merkitsevät tietynlaista – voimakastakin - arviointiperusteiden kategorisointia ja jotka saattaisivat johtaa osapuolten mahdollisuuteen toteuttaa yritysjärjestely siten, että luovutussääntelyn ei katsottaisi soveltuvan järjestelyyn. Spijkers-kriteereitä painotetaan tuomioistuimissa erityisesti alihankkijaa vaihdettaessa tavalla, joka nähdäkseni tekee osapuolille mahdolliseksi järjestelyn toteuttamisen niin, että liikkeen luovutusta koskevat säännökset eivät tule sovellettavaksi siihen. Huomioita-

³⁴⁸ Ratkaisussa KKO 2000:12 todettiin, että palvelujen tarjoaminen oli organisoitu erottamattomaksi osaksi muuta postikonttorin toimintaa ja sen takia muutosten luonnehtiminen työsopimuslaissa tarkoitetuksi liikkeen luovutukseksi ei vastannut niiden todellista luonnetta. Ratkaisua voitaisiin mahdollisesti arvostella työntekijöiden suojelun kannalta. Näkisin itse taloudellista kokonaisuutta koskevan arvioinnin tarkoituksenmukaisemmaksi suorittaa ”irrotusvaiheessa” kuin tarkastelemalla, millä tavalla se integroidaan luovutuksensaajan toimintaan, eli että toiminnallisen kokonaisuuden arviointi toteutettaisiin luovuttavan eikä vastaanottavan yrityksen kannalta. Mikäli asiaa tarkastellaan vastaanottajan kannalta, luovutettavan yksikön tiukka integrointi omaan toimintaan saattaisi johtaa liikkeenluovutussäännösten soveltumattomuuteen ja siten antaa vastaanottajalle mahdollisuuden kiertää liikkeen luovutussääntelyn taustalla olevaa työntekijän suojelua koskevaa periaatetta.

³⁴⁹ Asia C-466/07 Klarenberg, kohta 43

essa Süzen- ja Temco-ratkaisujen perustelujen muotoilu ja niiden perusteella muodostunut tulkinta liikkeenluovutussääntelyn soveltumisesta alihankkijan vaihtamista koskeviin tilanteisiin, voidaan perustellusti väittää niiden mahdollistavan alihankkijan vaihdoksessa osapuolille sääntelyn soveltumisen välttäminen. Tämä tapahtuu siten, että Süzen- ratkaisun perusteluja hieman muuntaen, toimenpiteen yhteydessä *ei luovuteta* (tai oteta vastaan, osapuolesta riippuen) *huomattavaa määrää aineellista tai aineetonta omaisuutta yritysten välillä eikä uusi yritys ota palvelukseensa lukumääräisesti tai pätevyyden osalta huomattavaa osaa siitä henkilökunnasta, jonka sen edeltäjä oli osoittanut sopimuksen täytäntöönpanon edellyttämiin tehtäviin.*³⁵⁰ Myös oikeuskirjallisuudessa on ratkaisuun perustuen päädytty työntekijöiden suojeluperiaatteen kannalta kyseenalaiseen tulkintaan termin ”huomattavaa määrää aineellista tai aineetonta omaisuutta” osalta.³⁵¹

Lienee selvää, että tällainen tulkintamalli alihankintapalvelujen liikkeenluovutusluonteen tulkinnassa saattaa aiheuttaa ongelmia työntekijöiden suojeluperiaatteen näkökulmasta.³⁵² Süzen-ratkaisua on oikeuskirjallisuudessa pidetty EU-tuomioistuimen kummallisena johtopäätöksenä sääntelyn soveltumisen kentän laajuudesta, koska se vaikuttaisi antavan osapuolille mahdollisuuden vaikuttaa direktiivin soveltuvuuteen. Se on myös suoraan ristiriidassa EU-tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa C-171/94 ja C-172/94 Merckx ja Neuhuys omaksuman lähestymistavan kanssa.³⁵³ Kyseisen kriteerin tiukka soveltaminen voi vaikuttaa haitallisesti työntekijöiden mahdollisuuksiin saada työtä uuden yrittäjän palveluksessa liikkeen luovutusta lähellä olevissa tilanteissa.³⁵⁴ Koska toimintoja ulkoistetaan tyypillisesti nimenomaan kustannusten alentamiseksi, henkilöstön tosiasiallista siirtymistä ei voitaisikaan käyttää kriteerinä. Siksi Süzen ratkaisussa esitettyjä arviointiperusteita ei voitaisi soveltaa suoraan tilanteisiin, joissa työntekijöitä ei ole siirtynyt sen vuoksi, että luovutuksensaaja on nimenomaisesti halunnut

³⁵⁰ Saloheimon mukaan omaisuuden luovuttaminen ja vastaavasti henkilöstön siirtyminen ovat ehdottomia liikkeen luovutusdirektiivin soveltamisedellytyksiä alihankkijan vaihdostilanteessa ja että niiden puuttumista ei voi nähtävästi korvata muiden luovutuskriteerien avulla. Hän tulkitsee Süzen- ratkaisun perusteluja siten, että ”riippuen siitä, mitkä seikat ovat toimintojen kokonaisuudelle identiteettiä antavia, direktiivin soveltuminen edellyttää toiminnan jatkumisen lisäksi joko omaisuuden tai henkilöstöön taikka molempien siirtymistä.” Hänen mukaansa ratkaisusta ei sen sijaan voida päätellä, että palveluyrityksen vaihtuminen juuri kilpailutuksen perusteella olisi jottenkin erityisasemassa. Saloheimo 1998 s.256

³⁵¹ Ainakin Saloheimo on esittänyt, että ”>>lukumääräisesti huomattava osa>> tarkoittanee yleensä vähintään puolta henkilöstöstä.” Saloheimo 1998 s. 257. Hänen mukaansa tosin se, että tunnusmerkistön toteutumiseksi asetettiin Süzen-ratkaisussa selkeitä rajoja, johtui hänen nähdäkseen luovutuksen kohteen erityispiirteistä kyseisessä tapauskategoriassa. Alihankkijan vaihdokset ovat luonteenomaisesti sellaisia, että liikkeen luovutuksen tunnusmerkkien on niissä vaikea täytyä. Tämä koskee erityisesti ratkaisussa käsiteltyä avointa kilpailutilannetta, jossa sekä palvelujen käyttäjiä että tarjoajia on useita. Saloheimo 1998 s. 260

³⁵² Süzen-ratkaisun sanamuodossa on aiheuttanut epäselvyyttä ennen muuta ratkaisussa käytetty >>ei – eikä>> (weder – noch) rakenne. Saloheimo kysyy, lausutaanko tuomiossa, että molempien edellytysten – omaisuuden luovuttaminen ja henkilöstön siirtyminen – on täyttyvä samanaikaisesti, jotta direktiiviä voitaisiin soveltaa? Hänen mukaansa tuomion johtopäätösosassa ei annettaisi yksiselitteistä vastausta näin asetettuun kysymykseen. Siinä todetaan vain, ettei direktiiviä voida soveltaa, jos kumpikaan mainituista edellytyksistä ei täyty. Ratkaisun KKO 2008:88 perusteella samanaikaista täyttymistä ei voitane edellyttää.

³⁵³ Bowers 2002 s. 407.

³⁵⁴ Äimälä 1987 s.104.

välttää liikkeenluovutussääntelyn soveltumiselta.³⁵⁵ Nähdäkseni muissa yritysjärjestelytyypeissä luovutuksen soveltumisarvioinnin painotukset eivät anna ainakaan yhtä selkeästi järjestelyn osapuolille mahdollisuutta vaikuttaa siihen, soveltuuko liikkeenluovutussääntely järjestelyyn.

6.1.3 Sääntelyn kiertämisen tarkoituksessa tehdyt järjestelyt ja niiden kontrollointi

Mielestäni työntekijöiden suojelunäkökohtien turvaamiseksi olisi välttämätöntä arvioida sitä, miksi jokin luovutukselta ”normaalisti” edellytetty osatekijä, kuten esimerkiksi juuri henkilöstön tai omaisuuden siirtyminen, puuttuu kyseisestä järjestelystä.³⁵⁶ Kyse on nähdäkseni siitä, että yhdenkään merkittävänkin osakriteerin puuttumisen ei automaattisesti pitäisi johtaa sääntelyn soveltumattomuuteen etenkin, jos näyttää selvältä, että sen puuttuminen johtuu tarkoituksesta pyrkiä kiertämään sääntelyn asettamia velvoitteita. Sellainen seikka, jonka puuttumista yritysjärjestelyssä voidaan etukäteen arvioituna pitää todennäköisenä luovutussääntelyn soveltumattomuuteen johtavana, voidaan jättää kokonaan huomioimatta kokonaisarvostelussa, jos sen puuttumisen katsottaisiin johtuvan pyrkimyksestä kiertää sääntelyn soveltumista. Merkittävää osaa tässä harkinnassa esittää työntekijöiden suojeluperiaate ja liikkeenluovutussääntelyn tarkoituksen toteuttaminen. Järjestely, jossa työntekijä siirretään vähän ennen liiketoiminnan luovutusta luovutettavaksi aiottuun liiketoiminnan osaan, saattaa joissain tapauksissa olla lain kiertämistä. Työntekijällä saattaa tällöin olla oikeus vaatia korvausta laittomasta irtisanomisesta luovuttajalta tilanteessa, jolloin luovutuksensaaja irtisanoo hänet välittömästi luovutuksen jälkeen vaikkakin laillisilla perusteilla. Luovuttaja ja luovutuksensaaja voivat liiketoimintakauppaa koskevien neuvottelujen yhteydessä tehdä myös erilaisia työntekijöitä koskevia nimilistoja ja mahdollisesti keskenään sopia sitä, ketkä työntekijät siirtyvät luovutuksensaajan palvelukseen. Liikkeen luovutusta koskevat säännökset ovat kuitenkin pakottavia, eikä tällaisilla listoilla ole sitovaa vaikutusta työntekijöihin nähden.³⁵⁷

Näkinsin, että työntekijöiden suojelua koskeva näkökulma on se tekijä, jonka perusteella kokonaisuuden lopputulos saattaa kääntyä, tai tietyissä olosuhteissa sen pitäisi kääntyä, luovutussääntelyn soveltumisen kannalle. Näin on ainakin sellaisissa tapauksissa, joissa olosuhteet viittaavat siihen, että sääntelyn soveltumatta jääminen tavoitteenaan luovutuksen sopijapuolet ovat suorittaneet tai jättäneet suorittamatta sellaisia toimenpiteitä, jotka olisivat olleet arvioitava olevassa järjestelyssä ”luonnollisia” ja jotka vaikuttavat jääneen toteuttamatta sen takia,

³⁵⁵ Valkonen 1999 s. 123

³⁵⁶ Saloheimo on pohtinut työntekijöiden siirtymistä koskevan edellytyksen pulmallisuutta liikkeen luovutuksen ”kynnyskysymyksenä” direktiiviä sovellettaessa. Hän kysyy, onko mahdollista, että alihankintajärjestelyn osapuolet voivat työvoiman käyttöä koskevilla ratkaisullaan vaikuttaa siihen, tuleeko direktiivi sovellettavaksi vai ei. Hänen mukaansa tällainen ”saattaa vaikuttaa ristiriitaiselta, sillä kuten EY-tuomioistuim on useissa ratkaisuisaan lausunut, direktiivin tarkoituksena on suojata työntekijöitä turvaamalla työsuhteiden jatkuvuus luovutustilanteessa”. Ks. tarkemmin Saloheimo 1998 s. 257

³⁵⁷ Saarinen 2003 s. 504

että tarkoituksena on ollut sääntelyn soveltumisen välttäminen. Työntekijöiden suojeluperiaatteen vaikutus arvioinnin lopputulokseen on tällöin luonnollisesti se, että järjestely tulkitaan liikkeen luovutukseksi ja työntekijät saavat hyväkseen sääntelyyn liittyvät, heitä suojaavat vaikutukset. Työsopimuslaissa ei ole erityissäännöstä lainsäädännön kiertämisen seuraamuksista. Sen esitöiden mukaan pelkästään sopimusehtojen muotoilulla ei voida kiertää työsopimuslain pakottavia säännöksiä, vaan sopimusehtojen tulee vastata tosiasiallisia oloja.³⁵⁸

6.2 Onko liikkeen luovutusta koskevan sääntelyn soveltumiseen mahdollista vaikuttaa?

EU-tuomioistuin on ottanut useissa ratkaisuisaan huomioon työntekijöiden suojelua koskevan näkökulman. Näkisin, että yritysjärjestelyn osapuolilla saattaisi kuitenkin olla mahdollisuuksia luovutussääntelyn kiertämiseen erilaisissa tapauksissa. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty EU-tuomioistuimen käytännön perusteella suhteellisen tiukkoja kannanottoja tiettyjen edellytysten kriittisyydelle luovutuksen toteutumista koskevassa arvioinnissa. Esimerkiksi Barnard on esittänyt, että työvoimavaltaisella alalla liikkeen luovutus voi toteutua vain, jos luovutuksen saaja ottaa palvelukseensa valtaosan luovuttajan henkilöstöstä, ja että pääomavaltaisella toimialalla toiminnan kannalta merkittävän omaisuuden puuttuminen johtaisi niin ikään sääntelyn soveltumattomuuteen.³⁵⁹ Yritysjärjestelyn toteuttaminen mainituilla ehdoilla saattaisi siis hänen mukaansa johtaa sääntelyn soveltumattomuuteen. Merkittävä tilanne, jossa osapuolet voivat nähdäkseni oikeuskäytännön perusteella vaikuttaa sääntelyn soveltumatta jäämiseen, on jo aikaisemmin kuvailemani alihankkijan vaihtaminen. Alihankkija, jolle ei esimerkiksi tarjouskilpailun voittamisen yhteydessä siirry hävinneeltä palveluntarjoajalta mitään omaisuutta eikä työntekijöitä, voi sulkea pois liikkeenluovutusdirektiivin soveltumisen. Tällöin alihankkijan ei siis tarvitsisi ottaa vastaan ainoatakaan työntekijää.³⁶⁰ Sama lähtökohta soveltuisi oletettavasti pitkälti myös muihin contracting out- järjestelyihin. Tuomioistuimet ovat kuitenkin ottaneet kantaa erilaisten järjestelyjen osalta myös direktiivin tarkoitukseen suojella työntekijöitä. Niissä rakentuneet luovutuksen arviointiperusteet ovat kuitenkin sellaisia, että niistä on poikettu työntekijän suojelua koskevien näkökohtien vuoksi suhteellisen harvoin.

³⁵⁸ Saarinen 2003 s. 503

³⁵⁹ Barnard 2012 s. 596-597

³⁶⁰ Kiiha 2002 s. 86 ja alaviite 44. Tämä mahdollistaa hänelle toiminnan aloittamisen ”puhtaalta pöydältä”. Toisaalta tarjouskilpailun voittanut taho, joka soveltumismahdollisuudesta tietämättä vastaanottaa hävinneeltä osapuolelta tämän toiminnan ylläpitämiseen käyttämän henkilöstön ja laitteet, voi joutua hankalaan tilanteeseen, koska sääntelyn voitaisiin tällöin olettaa soveltuvan tilanteeseen. Tehty tarjous on voinut esimerkiksi perustua edullisempaan työehtosopimukseen, mikä saattaisi johtaa työehtosopimuksen noudattamisvelvollisuuden takia suuriin ylimääräisiin kustannuksiin.

7. Loppusanat

Liikkeen luovutusta koskevasta sääntelystä on todettu, että liikkeenluovutusdirektiivissä on tavoitettu oikea tasapaino työntekijöiden suojelun ja taloudellisen toiminnan harjoittamisvapauden välillä, ja se on siten laajalti myötävaikuttanut siihen, että suuri määrä rakenneuudistuksia Euroopassa on tullut yhteiskunnallisesti helpommiksi hyväksyä.³⁶¹ Tämä on varmasti totta siinä mielessä, että jo puheena olevan sääntelyn olemassaolon voitaneen arvioida luovan tietynlaista ”parempaa yhteiskunnallista hyväksyttävyyttä” sellaisille yritysjärjestelyille, joihin liittyy työntekijöihin kohdistuvia vaikutuksia. Yritysnäkökulmasta liikkeen luovutuksia koskeva sääntely on sekä liikkeenluovutusdirektiivin että työsopimuslain liikkeen luovutuksen käsitteen tasolla niin avointa, että ainakin tietyn tyyppisiin yritysjärjestelyihin liittyvät epävarmuustekijät antavat perustellun aiheen yritysjärjestelyn osapuolille asiantuntija-avun käyttämiseen luovutuksen tunnistamista koskevien elementtien arvioinnissa ja ottaa myös erilaisin sopimustekniikoin ja -taktiikoin huomioon se, miten riskinjako tapahtuu, jos vastuita myöhemmin syntyisi. Tämä on mahdollista esimerkiksi silloin, kun järjestely toteutetaan liikkeenluovutussääntelyä noudattamatta, mutta se todettaisiinkin jälkikäteen liikkeen luovutukseksi.³⁶² Etukäteen tällaista riskikalkyyliä voidaan pyrkiä suorittamaan muun muassa due diligence-tarkastuksella, jonka työoikeudellisesta aspektista ostaja voi selvittää muun muassa kaupan kohteena olevan yrityksen henkilöstöön liittyviä velvoitteita. Selvitys voi myös helpottaa sen arvioimista, onko kyseessä liikkeen luovutus ylipäätään vai ei.³⁶³

Nyt tutkielman lopussa voitaneen lisäksi sallia kirjoittajalle mahdollisuus kommentoida lyhyesti näkemystään työsopimuslain 1:10.1:n mukaisen liikkeen luovutusta koskevan käsitelmäärittelyn tarkoituksenmukaisuudesta *de lege lata* ja *de lege ferenda* ja niiden kautta sitä, olisiko liikkeen luovutusta koskevan laajan tulkinta-aineiston huomioon ottaminen jollakin tasolla tarpeellista sääntelyn mahdollisesti tulevaisuudessa eteen tulevan uudelleenmuotoilun yhteydessä? Sääntelyn kielellisen tarkentamisen (ja toisaalta selkiyttämisen) voitaneen arvioida johtavan arviointiperusteiden laajuus huomioiden liikkeen luovutusta koskevan työsopimuslakitasoisen käsite-

³⁶¹ Komission kertomus 2007 s. 9. Komissio käynnisti kesällä 2007 ensimmäisen vaiheen konsultaation liikkeenluovutusdirektiivin muuttamistarpeista. EU-tason keskusjärjestöt eivät tuolloin pitäneet sääntelyn tarkistamista tarpeellisenä ennen kaikkea siksi, että käytännön kokemuksia rajat ylittävistä luovutuksista ja mahdollisista oikeudellisista ongelmista oli kertynyt niukasti (tässä ei siis otettu kantaa direktiivin sisällölliseen toimivuuteen sinänsä). Komissio ilmoittikin tämän vuoksi, että se ei ryhdy tässä vaiheessa valmistelemaan muutoksia tai lisäyksiä voimassa olevaan direktiiviin ja jatkavansa rajat ylittävien liikkeenluovutusten seuranta mm. perustamansa työoikeuden asiantuntijaverkoston avulla.

³⁶² Näin mm. Kairinen, jonka mukaan suunniteltaessa ja järjesteltäessä henkilöstövaikutteisia yritystoimintamuutoksia, kuten alihankintaan siirtymistä, alihankkijan vaihtamista tai alihankkijan käytön lopettamista taikka yrityksen osan ostamista, on ”syytä asianmukaisella huolellisuudella selvittää se, onko kyse työoikeuden säännöksissä tarkoitettusta liikkeen luovutuksesta.” Kairinen 2009 s. 291

³⁶³ Työoikeudellisesta due diligence-tarkastuksesta ja siihen liittyvistä, huomioon otettavista näkökohdista tarkemmin ks. Saarinen 2003 s. 468-471.

määrittelyn melkoiseen semanttiseen laajentumiseen sekä saattaisi johtaa siihen, että sen johdosta toisaalta mahdollisen kielellisen avoimuuden kaventumisen myötä tuomioistuinten mahdollisuudet arvioida sääntelyn soveltuvuutta erilaisiin (uusiin) järjestelyihin saattaisivat rajoittua ja johtaa tietyissä tilanteissa työntekijöiden suojelun näkökulmasta epätoivottavaan lopputulokseen. En näkisi työsopimuslain luovutussääntelyn tarkentamista muutenkaan tarpeellisena, koska luovutuksen tunnistamista koskevat arviointikriteerit ja lähteistö ovat nähdäkseni sinänsä täsmälliset, ja antavat vähintäänkin kohtuullisen mahdollisuuden arvioida sääntelyn soveltuvuutta erilaisiin yritysjärjestelyihin. Silti, etenkin rajatapauksissa luovutuksen toteutumiskriteerien arviointi voi kallistua suuntaan tai toiseen, mistä kertovat osaltaan luovutuksen tunnistamista koskevien tuomioistuinratkaisujen lukuisat äänestyspäätökset. Sen vuoksi kaikissa tapauksissa, joissa epävarmuutta liikkeen luovutusta koskevan sääntelyn soveltuvuudesta esiintyy, yritysjärjestelyn etukäteinen arviointi tai arvioittaminen ja siihen ennakolta varautuminen voi olla hyvin suuria resursseja erilaisten jatkoselvittelyjen osalta säästävää.